

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
ACTES DE COMMERCE

PAR RELATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 20 mars 1900, à 2 heures 1/2

PAR

LOUIS DUCHANGE

Président : M. THALLER.

Suffragants : { MM. LYON-CAEN, } *professeurs.*
 RENAULT, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1900

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux théories émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
ACTES DE COMMERCE

PAR RELATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mardi 20 mars 1900, à 2 heures 1/2

PAR

LOUIS DUCHANGE

Président : M. THALLER.

*Suffragants : { MM. LYON-CAEN, { professeurs.
 RENAULT, }*



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1900

DES

ACTES DE COMMERCE

PAR RELATION

INTRODUCTION

Les relations juridiques qui s'établissent de citoyen à citoyen sont régies par le droit civil et constituent son domaine.

Le droit commercial règle aussi des relations d'ordre privé. Le commerce rapproche des individus ; il rapproche aussi des sociétés, mais des sociétés dont le but n'est point un intérêt général ; jamais il n'est pratiqué par les personnes morales qui symbolisent les intérêts publics.

Ce rapprochement entre l'objet du droit civil et celui du droit commercial suggère immédiatement une observation. Si toutes les relations juridiques d'ordre privé sont en principe soumises à l'empire du droit civil ; si cependant quelques-unes de ces relations, celles qui constituent le commerce, échappent à cet empire pour tomber sous celui du droit commercial, le domaine de ce dernier apparaît vis-à-vis de celui du droit civil comme un domaine d'exception. C'est dire combien il importe de fixer avec préci-

sion les limites de ce domaine ; c'est dire que le complément indispensable de toute législation commerciale est l'exacte indication des cas divers où cette législation doit être appliquée.

C'est dans les premiers articles du livre II, titre IV du Code de commerce que notre législateur, à propos de la compétence des tribunaux consulaires, a fourni cette indication. Là il a déterminé les actes de commerce, c'est-à-dire les faits juridiques d'ordre privé que l'étude de la notion économique du commerce et la recherche des exigences de toute entreprise commerciale ont désignés aux rédacteurs du Code comme devant échapper à la loi civile, pour se plier aux règles appropriées que comporte la loi commerciale.

On voit quel intérêt s'attache au commentaire de ces textes. C'est en effet par eux seuls que nous pouvons savoir si tel acte déterminé peut être soumis ou non à l'examen des juges-consuls, si son existence peut être établie par tous moyens de preuve, notamment par témoins et par présomptions, sans aucune réserve, ou si au contraire les sévères restrictions imposées par les articles 1341 et suivants du Code civil doivent être observées ; si les usages commerciaux sont applicables à cet acte ; si certaines indulgences des lois de l'enregistrement s'adressent ou non à lui. Par ces textes seuls nous pouvons savoir si l'accomplissement habituel et à titre professionnel de tel ou tel acte imprime ou non à une personne la qualité de commerçant ; si pour accomplir valablement tel acte le mineur et la femme mariée sont soumis aux exigences de la loi civile ou si au contraire moyennant les conditions indiquées dans les premiers articles du Code de commerce, ils en sont affranchis.

Ce sont encore ces textes qui déterminent les cas où le taux de l'intérêt est libre, puisqu'il n'est libre qu'en matière commerciale. C'étaient eux avant 1867 qui permettaient de reconnaître les cas où la contrainte par corps pouvait être ordonnée.

Nous pourrions prolonger cette énumération ; mais il est inutile en somme de morceler en idées particulières une idée générale parfaitement claire et parfaitement capable de montrer à elle seule tout l'intérêt de la question. Étudier des actes de commerce, c'est explorer le champ d'application du Droit commercial, c'est séparer les cas où ce Droit s'applique de ceux où il ne s'applique pas.

Le titre de cet ouvrage indique d'ailleurs que notre étude ne sera pas générale. Nous voulons nous borner à l'examen d'un seul groupe d'actes de commerce, à l'examen de ceux qu'on appelle actes de commerce par relation ou par la qualité de leur auteur.

Ce n'est certes pas le moyen de fournir un aperçu d'ensemble sur le domaine du droit commercial.

Mais on ne saurait nous en faire un grief. Outre que nous sommes libre de préférer une matière restreinte à une autre plus complète mais immense, nous nous ménageons par là même la facilité d'explorer à fond le sujet choisi. La matière que fournirait une étude complète sur les actes de commerce serait si abondante, que les points de détail devraient être forcément négligés. Notre choix en limitant notre tâche évite cet écueil.

Une vue d'ensemble sur le domaine du droit commercial n'est d'ailleurs vraiment désirable que si elle doit révéler un système unique, une coordination absolue. Est-il besoin de dire que les jurisconsultes ne croient pas à ce système ? qu'ils n'essayent point de le construire et

de mettre une harmonie complète dans la masse des solutions élémentaires que le Code a laissées dans une sorte de chaos ? Ce n'est pas que dans ce chaos, aucun essai d'organisation n'ait été fait, ni que les essais soient restés sans résultat, et nous ne voulons pas nous ranger du côté des sceptiques qui déclarent d'avance tout effort inutile, peut-être pour se dispenser de l'effort. Mais les plus entreprenants ont toujours limité leur tentative à rassembler tous les actes de commerce en deux groupes, celui des actes de commerce par eux-mêmes et celui des actes de commerce par relation, et à synthétiser de leur mieux chacun des deux groupes séparément. En creusant les notions auxquelles correspondent ces deux agrégations, on n'a jamais cherché à les fondre ensemble : on les reconnaît irréductibles. Une étude d'ensemble donnerait donc une encyclopédie non une doctrine et ne promettrait pas tout le profit scientifique qu'il faudrait pouvoir attendre d'un travail aussi considérable. Mais le motif même qui en cette matière enlève de l'intérêt à l'ensemble le reporte sur les parties. L'ensemble ne peut être fondu parce qu'il est simplement la somme, non la synthèse de deux groupements irréductibles. Mais alors chacun des deux groupements doit avoir son individualité propre, son caractère ; chacun des deux groupements doit se fonder sur un principe spécial et doit former un objet d'études très net et très distinct. Nous sommes sûr d'avance, à moins que la doctrine entière ne se trompe, que notre étude spéciale des actes de commerce par relation sera soutenue et dirigée par un principe unique ; s'il en était autrement, ce que les auteurs reconnaissent comme un groupe rationnel ne serait qu'une agglomération factice. Nous sommes sûr aussi, et sous la même garantie, que notre étude sera

clairement délimitée, qu'elle ne nous entraînera pas à une étude connexe des autres actes de commerce ; s'il en était autrement, les deux groupements indiqués par les auteurs ne seraient pas irréductibles.

Cette précieuse assurance acquise *à priori* d'une réelle unité et d'une limitation précise suffit pour que les actes de commerce par relation puissent faire l'objet d'une étude spéciale. Au cours de nos recherches nous aurons en outre à reconnaître que l'harmonie prévue existe bien et qu'elle est due au jeu d'une curieuse théorie, dite « théorie de l'accessoire », qui grâce à sa généralité et à sa rigueur semble revêtir l'aspect d'une formule mathématique. C'est là un exemple assez rare dans les sciences juridiques pour être par cela seul fort intéressant. Nous verrons quel fondement cette théorie trouve dans les textes, comment elle en est sortie et comment elle les féconde aujourd'hui.

Un sérieux intérêt pratique s'attache aussi à notre sujet. Parmi les actes juridiques très nombreux et très variés que sous certaines conditions la théorie de l'accessoire désigne comme commerciaux par relation, il en est beaucoup dont le caractère donne prise à la controverse. L'application de la théorie de l'accessoire soulève donc toute une série de difficultés pratiques qu'il importe d'examiner et, autant que possible, de résoudre. Nous aurons toutes facilités pour apporter à ce travail le soin et les développements qu'il exige.

Il nous reste avant d'entreprendre notre travail à le diviser. Mais comme une méthode ne doit point être choisie *à priori*, comme elle doit être souple et se conformer aux exigences des problèmes qui se posent successivement, nous nous bornerons ici à indiquer les grandes

lignes ; le détail se fixera par la suite et d'après les questions qui surgiront chemin faisant.

Tout d'abord, recueillant l'enseignement de la doctrine et de la jurisprudence contemporaines, nous déterminerons ce qu'on entend par actes de commerce par relation (chapitre I).

Cette étude nous révélera que ce groupe d'actes est fondé sur une théorie dite « théorie de l'accessoire » dont le caractère de chaque acte en particulier n'est qu'une conséquence. Ainsi apparaîtra la nécessité de contrôler la solidité de cette théorie et d'analyser avec soin ses éléments ; nos chapitres II, III et IV seront consacrés à cette tâche.

L'emploi de la théorie reconnu légitime, il nous suffira pour explorer dans son détail le groupe des actes de commerce par relation, d'appliquer la théorie, non sans avoir recherché préalablement si certaines restrictions ne doivent point parfois la tenir en échec. Ce travail fera l'objet de nos chapitres V et VI.

Enfin nous verrons comment s'adaptent aux actes de commerce par relation spécialement, les règles qui distinguent les actes de commerce en général des actes civils. Ce dernier point sera traité dans notre chapitre VII.

CHAPITRE PREMIER

NOTION DE L'ACTE DE COMMERCE PAR RELATION. — EXPOSÉ DE LA THÉORIE DE L'ACCESSOIRE.

Nous avons annoncé l'étude d'un groupe d'actes de commerce. Le premier soin qui nous incombe est de déterminer celui-ci.

Peut-être y parviendrions-nous en examinant à nous seul et sans nous en rapporter à l'enseignement de la doctrine, l'ensemble des actes de commerce indiqués par le Code. Peut-être réussirions-nous à nous seul à distinguer des catégories et à tirer directement notre matière de la réalité des textes.

Ce procédé aurait des inconvénients ; il nous imposerait dès le début un lourd travail d'investigation et d'analyse, il rendrait en outre inutile pour nous tout le profit d'un siècle de travaux. Il est clair d'ailleurs que la pensée d'envisager la réalité avec un esprit dégagé de toute influence doctrinale serait une chimère. Les idées reçues subjuguent l'intelligence et la dirigent malgré tout, à moins qu'elles ne soient positivement reconnues fausses. Cette observation nous indique la vraie marche à suivre.

Nous accepterons en ce qui concerne les actes de commerce par relation la notion qu'en donne la science actuelle ; nous verrons d'après quels indices on les distingue des autres actes de commerce, sur quel principe on les fonde. Il sera temps ensuite de chercher si ces données

correspondent à la vérité. Cette attitude nous semble bien être la plus commode et aussi la plus sincère.

Quelques mots d'abord sur les actes de commerce en général, sur le groupe d'ensemble dans lequel nous avons à discerner des classes.

La pensée de favoriser le commerce a inspiré l'établissement de la législation commerciale. La nécessité de fixer à cette législation le domaine où elle doit se cantonner a amené l'indication des actes de commerce. On peut donc donner de l'acte de commerce la définition suivante : c'est tout fait (1) juridique soumis à l'application du droit commercial.

Cette idée n'est certes pas bien pénétrante, elle laisse l'esprit mal satisfait puisqu'elle lui suggère immédiatement une question nouvelle : à quoi reconnaît-on qu'un acte est soumis au droit commercial ? Mais définir n'est pas expliquer ; nous définissons souvent des objets sans connaître leur nature intime. Et d'ailleurs aucune autre formule générale applicable à tous les actes de commerce, ne peut être adoptée ; les différences qu'on signale entre les divers groupes tiennent en effet, nous allons le voir, à leur fondement même et malgré l'aspect uniforme que revêtent tous les actes de commerce parce qu'ils sont tous jetés dans le même moule législatif, il ne faut point chercher en eux tous un *substratum* identique ; le lien de forme est le seul qui les rassemble universellement.

Dans cette agglomération en effet, les jurisconsultes (2)

(1) Nous employons ce mot *fait*, au lieu du mot *acte* à cause des délits et quasi-délits commerciaux qui ne peuvent être qualifiés actes juridiques.

(2) Citons seulement à titre documentaire : MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, I, 100 ; M. Thaller, *Traité élém. de Dr. com.*, n° 7. La doctrine est absolument unanime sur ce point.

ont opéré un classement ; ils distinguent notamment deux groupes considérables : celui des actes de commerce par eux-mêmes et celui des actes de commerce par relation. Les actes du premier groupe ne doivent leur caractère qu'à eux-mêmes ; ils se placent par une sorte de mouvement propre sous le droit commercial ; aucune influence externe n'agit pour les y conduire. Les actes du second groupe au contraire, envisagés isolément (1), appellent la loi civile ; s'ils subissent la loi commerciale, c'est qu'ils sont entraînés sous cet empire en quelque sorte étranger par une attraction venue du dehors ; ils ne portent pas en eux le principe de leur commercialité ; c'est, comme le dit leur nom, un rapport, une relation avec d'autres actes de la première catégorie qui explique leur situation juridique.

Voici des exemples. Un individu achète une denrée avec l'intention de la revendre. Cet acte d'achat est commercial par lui-même. Son caractère en effet est subordonné simplement à l'intention de revendre. Il ne dépend en aucune manière des opérations qui peuvent accompagner cet acte et lui former un voisinage ; il est, suivant l'expression des jurisconsultes allemands, absolu.

Un individu se charge pour un autre de recouvrer une créance litigieuse, l'engagement qu'il contracte ainsi comme agent d'affaires, est commercial par lui-même. Peu importe la nature de la créance sur laquelle porte la convention ; elle peut être civile, la promesse d'en assu-

(1) Il existe beaucoup d'actes commerciaux par eux-mêmes qui pris isolément sont civils ; ce sont tous les actes dont la répétition constitue les diverses entreprises commerciales. Mais ils diffèrent des actes commerciaux par relation en ce qu'ils ne reçoivent pas le caractère commercial des actes qui les avoisinent puisque ceux-ci leur sont identiques. Ils portent en eux-mêmes leur caractère commercial, mais ce caractère ne se dégage que quand ils sont groupés.

rer le recouvrement n'en sera pas moins commerciale. Le caractère de cette promesse tient à la nature même de celle-ci ; il n'est déterminé par aucune influence extérieure.

Supposons maintenant qu'un commerçant pour aménager les locaux où il débite ses marchandises, achète un mobilier approprié : un comptoir, des rayons, des tiroirs, des balances, etc. Cet achat est un acte commercial par relation. Si en effet cet acte est soumis à la loi commerciale, ce n'est pas à raison de sa nature propre (on se garde bien de le confondre avec un achat pour revendre), c'est parce qu'il émane d'un négociant agissant dans l'exercice de son négoce ; il a été accompli en vue de l'exploitation commerciale pour la rendre possible ou simplement pour la faciliter. Son caractère dépend de cette circonstance extérieure ; l'acte séparé de celle-ci, isolé, resterait soumis au droit civil.

De même, qu'un charretier au service d'un entrepreneur de transports, en conduisant une voiture de son patron, cause par maladresse ou par fatalité un accident ; qu'il brise par exemple les glaces d'un café ou qu'il renverse un étalage ; l'entrepreneur sera responsable commercialement de ce dommage. Pourtant ce quasi-délit par lui-même n'a rien de commercial ; commis par le cocher d'un simple particulier, il n'obligerait celui-ci à répondre du préjudice causé que devant la juridiction civile. Mais commis ainsi dans l'exercice d'un commerce, s'y rattachant étroitement, il devient commercial : son caractère lui vient par le dehors.

La notion de l'acte de commerce par lui-même est donc celle d'un acte auquel le caractère commercial est imprimé directement à raison de sa manière d'être intime.

La notion de l'acte de commerce par relation est celle

d'un acte qui par lui-même est simplement civil, mais qui, à raison d'un lien qui le rapproche d'actes commerciaux, subit l'influence de ceux-ci et leur emprunte leur caractère.

Mais on cite (1) généralement un troisième genre d'actes de commerce, celui des actes de commerce par la forme. Ce troisième genre est-il bien distinct des deux autres ?

Il comprend d'abord la lettre de change, commerciale par sa propre forme. Toute signature apposée sur une lettre de change, même sur un simple traité, depuis la loi du 7 juin 1894, constitue un acte de commerce ; c'est la forme de l'engagement qui décide de son caractère. Peu importe que la signature soit fournie à l'occasion d'opérations commerciales ou à l'occasion d'affaires purement civiles ; peu importe aussi la qualité des parties : la forme prime tout. Cette règle remarquable suffit pour donner à la lettre de change, parmi tous les actes de commerce, une physionomie spéciale. Mais au point de vue qui nous occupe, cette particularité n'est pas intéressante. En effet cette influence exclusive de la forme fait que l'acte porte en lui-même la source de son caractère commercial ; elle le rend indépendant de tout autre et dès lors la lettre de change rentre parmi les actes commerciaux par eux-mêmes. Au milieu d'eux sans doute elle mérite une place à part, mais dans l'ensemble elle ne forme pas une catégorie distincte, elle n'est qu'un sous-groupe.

(1) Thaller, *Traité élém.*, 8 ; Appert, *Des actes de commerce terrestre*, p. 319 et suiv. La commercialité de forme est, à vrai dire, de création récente ; avant la loi du 7 juin 1894, la lettre de change n'était commerciale que quand elle couvrait un contrat de change ; la forme de l'acte n'influit donc pas d'une manière décisive.

A côté de la lettre de change, dans le même groupe, M. Thaller place des actes qu'il qualifie commerciaux par la forme de leur auteur (1). Ces actes, s'ils existent, car leur existence est contestée, sont tout nouveaux, ils sont une conséquence de la loi du 1^{er} août 1893 sur les sociétés par actions. Cette loi ajoute à la loi de 1867 plusieurs articles dont un, l'article 68, décide que, quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la loi de 1867 seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce. Ce texte, à coup sûr, veut que le contrat qui donne naissance à la société soit commercial et relève pour son interprétation de la juridiction consulaire. Il veut aussi que la société, personne morale, soit traitée comme commerçante : obligée de tenir des livres, exposée à la faillite, etc. Mais en outre, suivant M. Thaller, le texte a pour résultat de modifier la nature des actes qu'accomplit la société ; ces actes en eux-mêmes civils doivent être traités comme commerciaux à raison de la forme de la société. Cette opinion est d'ailleurs soutenue également par M. Lacour ; tandis qu'elle est combattue par M. Lyon-Caen (2).

Nous n'avons pas à prendre parti dans ce débat ; nous devons voir seulement si, en supposant que cette nouvelle catégorie d'actes commerciaux doive être reconnue, elle vient s'ajouter aux actes de commerce par relation, ou si elle en est distincte.

(1) Thaller, *Traité élém.*, 10 ; Même auteur, *Annales de dr. com.*, 1895, *Doctrine*, p. 179. — Cette classification est adoptée par Appert, *op. cit.*, p. 330 et suiv.

(2) Lacour, article dans D. P. 95.II.107 ; Lyon-Caen, *Revue du commerce*, 1894, p. 148 ; Lyon-Caen et Renault, Appendice au tome II du *Traité de dr. com.*, n° 49.

Certes, les actes des sociétés commerciales simplement par la forme ne peuvent être commerciaux par eux-mêmes ; ils sont civils au fond. S'ils revêtent le caractère commercial, c'est par emprunt, par dérivation et cela les rapproche singulièrement des actes qui nous intéressent. Ils en restent bien distincts cependant. Les actes de commerce par relation doivent leur caractère au voisinage d'autres actes qui sont en quelque sorte un foyer de commercialité, au voisinage d'actes commerciaux par eux-mêmes. Or, une société commerciale simplement par sa forme n'accomplit pas de ces actes commerciaux par eux-mêmes ; si elle en accomplit, elle devient commerciale par son objet et, par suite, ne répond plus à l'hypothèse. Ces actes de commerce nouveaux forment donc un genre distinct et la ressemblance qu'ils offrent par un côté avec les actes de commerce par relation ne permet point en définitive de les confondre avec ceux-ci.

Revenons pour la mieux préciser, à la distinction faite d'abord entre les actes de commerce par eux-mêmes et les actes de commerce par relation. Voyons les textes et les doctrines qu'on oppose à l'appui de cette distinction.

C'est sur les articles 634-1° et 632, § 6, que les auteurs (1) fondent les actes de commerce par relation.

« Les tribunaux de commerce, dit l'article 634-1°, connaîtront : 1° des contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers » ;

« La loi répute actes de commerce, dit l'article 632, § 6, toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers. »

La rédaction de ces textes, comparée avec celle des au-

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, I, 167 et 171 ; Thaller, *Traité élém.*, n° 54.

tres alinéas de l'article 632 sur lesquels on fonde les actes de commerce par eux-mêmes, confirme la distinction faite par la doctrine. Les actes de commerce par eux-mêmes en effet sont désignés nommément par le législateur ; le caractère commercial leur est attribué par voie de disposition spéciale et catégorique. « La loi répute actes de commerce, dit l'article 632 : tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, ou même pour en louer simplement l'usage ; toute entreprise de manufactures, de commission, etc. » Toutes différentes sont les dispositions auxquelles on rattache les actes de commerce par relation ; au lieu d'être précises et spéciales, elles sont vagues et générales ; elles désignent non des types déterminés, mais l'ensemble des actes qu'accomplissent les négociants. Elles indiquent même la provenance extrinsèque de cette commercialité en la subordonnant non à la présence dans les actes d'un élément particulier, mais à la qualité de négociant remarquée chez leur auteur. Nous aurons bientôt d'ailleurs à nous demander quel est le rôle exact que joue cette qualité de la personne.

L'opposition visible entre les textes l'est tout autant entre les théories à l'aide desquelles on met la cohésion dans les deux groupes opposés. Nous serons très bref d'ailleurs sur les systèmes qu'a provoqués l'étude des actes de commerce par eux-mêmes, nous nous bornerons à citer les deux principaux.

Le plus ancien des deux systèmes est soutenu par M. Boistel qui, guidé par plusieurs devanciers (1), propose de re-

(1) Beslay, *Des commerçants*, n° 4 ; Alauzet, *Commentaire du C. de com.*, I, n° 11 ; le système de M. Boistel est exposé dans son *Précis de dr. com.*, nos 24 et suiv. (3^e édit.).

connaître comme éléments intimes de la commercialité : la spéculation et l'entremise.

Quand un acte ou une opération juridique révèle chez son auteur l'intention de réaliser un profit et quand ce profit doit être la conséquence de la situation d'intermédiaire que prend l'agent entre la production et la consommation, cet acte ou cette opération revêt le caractère commercial. Et les actes auxquels notre législateur attache d'une façon absolue le caractère commercial sont justement ceux qui contiennent ces deux éléments de spéculation et d'entremise.

L'autre système a été exposé plus récemment par M. Thaller (1). Suivant celui-ci, l'essence du commerce est dans « l'entremise s'exerçant sur les produits pendant le temps de leur circulation », et les actes de commerce par eux-mêmes sont tous les actes qui répondent à cette notion.

Il serait hors de propos d'apprécier ici ces deux systèmes, une seule remarque intéresse notre étude. M. Boistel et M. Thaller chacun de leur côté ont cherché d'abord à fixer la notion économique du commerce, ensuite à ramener à cette notion les actes de commerce par eux-mêmes tels qu'ils sont indiqués sur le Code. Ce qu'il faut bien observer c'est que ni l'un ni l'autre n'a complètement réussi dans cette seconde partie du dessein projeté, dans l'explication par la notion choisie de tous les actes commerciaux par eux-mêmes énumérés par le Code. Ainsi M. Thaller (2) reconnaît lui-même que un ou deux actes ne peuvent rentrer dans sa formule et il cite l'agence ou bureau d'affaires. Le système de M. Boistel semble égale-

(1) Article dans les *Annales de dr. comm.*, 1895, *Doctrine*, p. 182 ; voir aussi le *Traité élém.*, n^{os} 4 et 11.

(2) Article cité, p. 184.

ment incapable de coordonner toute la nomenclature du Code (1).

Dès lors, il serait faux de dire que les actes de commerce par eux-mêmes, ceux du Code, correspondent tous à une notion économique et de leur opposer à ce point de vue les actes de commerce par relation en observant que ceux-ci se justifient simplement par l'utilité pratique et par la volonté du législateur.

M. Boistel confiant en son système a commis cette erreur ; il relève dans les actes de commerce par relation cette particularité qu'ils ne réunissent pas en eux les deux éléments de spéculation et d'entremise ; on peut lui répondre que certains actes commerciaux par eux-mêmes ne les possèdent point non plus. Nous reconnaissons volontiers que le caractère commercial des actes énumérés par l'article 632 est pour la plupart d'entre eux économiquement explicable ; mais il suffit qu'il soit factice chez certains pour qu'on ne puisse pas ramener la distinction

(1) Voir les observations que font en ce sens MM. Lyon-Caen et Renaut dans leur *Traité*, I, 103. — A notre avis, ce fait que les formules proposées n'embrassent pas tous les cas prévus par la loi, ne doit point entraîner leur condamnation. Il prouve simplement que les considérations économiques n'ont point chassé complètement de l'esprit des rédacteurs du Code les préoccupations pratiques. Si l'une ou l'autre des formules proposées est économiquement vraie et si elle explique un bon nombre des dispositions du Code, elle doit être adoptée comme un éclaircissement précieux des notions vagues qui ont guidé le législateur et comme un principe législativement consacré parce que la plupart des solutions du Code sont des conséquences dérivées de lui. Et ce principe doit permettre d'attribuer le caractère commercial aux actes qu'il indique et qui n'ont pas été prévus. On admet que l'énumération du Code n'est pas limitative ; mais la recherche et la démonstration d'une règle est le seul processus à suivre pour compléter raisonnablement cette énumération. Sans règle, comment discerner les analogies superficielles des différences profondes ?

des actes de commerce par eux-mêmes et des actes de commerce par relation à une distinction d'un ordre plus élevé entre une commercialité réelle, naturelle et une commercialité factice.

D'ailleurs, quoique les théories dont nous venons de prendre connaissance ne rassemblent pas tous les actes de commerce par eux-mêmes, elles éclairent cependant beaucoup la distinction qui nous intéresse en montrant avec quel soin on s'attache à trouver dans les actes eux-mêmes le principe de leur commercialité. Nous allons constater une idée toute différente dans la théorie qui fonde les actes de commerce par relation ; le principe de la commercialité sera ici externe. Nous signalons d'avance cette opposition entre les doctrines pour n'avoir plus à y revenir ; nous allons pénétrer en effet au cœur même de notre matière et nous croyons préférable de ne plus en sortir même pour un instant. Aussi bien elle est dès maintenant suffisamment séparée de tout ce qui l'environne.

La théorie par laquelle on détermine les actes de commerce par relation porte le nom de théorie de l'accessoire. Elle est admise aujourd'hui par tous les auteurs et par la jurisprudence. M. Thaller la formule dans les termes suivants : « Toutes les opérations faites par le commerçant et se rapportant à l'exploitation de son commerce participent à la commercialité des actes principaux de son établissement (1). » La Cour de cassation dit de son côté :

« Alors même qu'une convention n'aurait pas par sa nature propre un caractère commercial, il suffit qu'elle se rattache à l'exploitation d'un commerce et en soit l'accessoire

(1) *Ann. de dr. com.*, 1895, *Doctrine*, p. 178. MM. Lyon-Caen et Renault disent : La théorie de l'accessoire, « consiste à reconnaître le caractère commercial à des actes qui sont l'accessoire d'un commerce, mais n'en constituent pas l'exercice », *Traité*, I, 171.

ou le moyen pour qu'elle affecte le caractère commercial (1). »

Rappelons les exemples d'actes commerciaux par relation que nous avons déjà indiqués, nous verrons qu'ils répondent à cette théorie.

Un négociant achète un mobilier approprié pour garnir le local où il débite ses denrées ; cet achat se rattache à son exploitation, il en est l'accessoire et pour cette raison il est commercial. Le charretier d'un entrepreneur de transports, en conduisant une des voitures de son patron, cause un dommage ; ce quasi-délit est commercial parce que commis dans l'exercice d'un commerce il en est l'accessoire.

Remarquons immédiatement que ce serait mal traduire la théorie de l'accessoire que de la réduire à l'adage si connu : *accessorium sequitur principale*. Il ne suffit pas en effet que l'acte se rattache à une exploitation commerciale quelconque ; il faut que cette exploitation soit celle de la personne qui s'oblige, non celle d'un tiers. Nous n'avons pas à justifier ici cette restriction ni à en montrer les conséquences (2) ; nous nous contentons de tracer le système à grandes lignes d'après les données de la doctrine contemporaine. Cette restriction est d'ailleurs nettement indiquée par la formule de M. Thaller puisque cette formule vise seulement « les opérations faites par le commerçant et se rapportant à l'exploitation de son commerce » (V. dans le même sens Lyon-Caen et Renault, I, 182). Sur ce point la proposition que nous avons empruntée à la Cour de cassation est moins claire, mais évidemment

(1) Cass., 21 mars 1892, S. 93. I. 229. Formule presque identique dans un autre arrêt de Cassation du 29 janvier 1883, S. 85. I. 482.

(2) V. chap. IV, section I.

puisqu'elle a été énoncée à propos d'une espèce elle doit être interprétée à l'aide des renseignements que donne cette espèce ; or il s'agissait dans l'affaire que la Cour avait à trancher, d'un louage et de diverses conventions passées par un individu pour les besoins de son exploitation. Quand donc on parle d'un acte se rattachant à un commerce, il faut toujours entendre le commerce de celui qui agit ou qui s'oblige.

Dans une note publiée dans le recueil de Sirey (S. 79. I.289), M. Labbé pour déterminer les actes de commerce par relation propose d'examiner leur destination, leur finalité. Suivant lui, l'acte a-t-il été accompli en vue de favoriser l'exploitation commerciale, pour satisfaire une des exigences qu'elle entraîne ou simplement pour lui procurer des facilités nouvelles ; il se rattache alors à l'exploitation et lui emprunte le caractère commercial. L'acte au contraire a-t-il un but étranger au commerce, quel que soit d'ailleurs ce but, il est sans rapport avec l'entreprise et reste civil. Par exemple quand un commerçant achète des rayons, des vitrines, un comptoir pour meubler le local de son débit, il agit en vue de son commerce ; son acte est commercial. Quand au contraire un commerçant achète des meubles pour garnir son habitation particulière, il n'agit pas pour son commerce, et d'après le critérium indiqué, cet achat de meubles est civil.

Au fond, quoique M. Labbé ne le dise pas, cette règle résulte simplement de l'application de la théorie de l'accessoire aux actes volontaires ; nous le constaterons par la suite et en même temps, comme M. Labbé en proposant son principe n'a pensé à l'appliquer qu'aux contrats, nous devons examiner jusqu'à quel point et en quel sens il peut

être appliqué aux autres sources d'obligations : aux délits, aux quasi-délits, aux quasi-contrats (1).

Observons d'ailleurs à ce propos que la théorie de l'accessoire est considérée comme absolument générale et qu'elle est appliquée à toutes les sources d'obligations : contrats, quasi-contrats, délits, quasi-délits (2). Ainsi qu'un individu pendant l'absence de son ami commerçant gère sans mandat les affaires de celui-ci, et qu'il soit entraîné par là à certaines dépenses ; l'autre sera tenu commercialement de l'indemniser ; la gestion d'affaires sera en pareil cas un quasi-contrat commercial. Qu'un commerçant pour faire du tort à un concurrent et pour améliorer ainsi indirectement ses propres affaires, nuise à la réputation de ce concurrent ; l'action en dommages-intérêts pourra être intentée contre lui devant le tribunal de commerce ; ce délit de concurrence déloyale sera commercial. Ces exemples suffisent ; nous en avons déjà donné d'autres pour les contrats et pour les quasi-délits.

Tout ce qui précède prouve à l'évidence que la théorie de l'accessoire ne cherche nullement dans les actes eux-mêmes le fondement de leur commercialité ; qu'elle le place au contraire au dehors.

Mais une question n'est pas tranchée : quel est au juste ce fondement ? Puisqu'il est question d'actes accomplis par un négociant accessoirement à son négoce, est-ce la qualité de l'agent qui décide du caractère des actes ? ou bien est-ce simplement le lien logique qui les rattache à l'exploitation commerciale ? C'est là sans doute une question toute théorique ; elle ne doit pas être négligée pour cela ; nous

(1) Voir chap. IV, sect. 3.

(2) Lyon-Caen et Renault, I, 177 ; Thaller, *Traité élém.*, 55. — Cass., 11 décembre 1895, D. P. 96. I. 263 ; Cass., 20 mai 1896, D. P. 96. V. 134.

verrons bientôt d'ailleurs qu'elle présente un sérieux intérêt pratique.

On est d'accord d'abord pour reconnaître que la qualité de commerçant à elle seule est insuffisante pour imprimer aux actes le caractère commercial. D'après la théorie de l'accessoire en effet, quand l'opération accomplie par le négociant est étrangère à son négoce, elle reste civile ; il ne suffit donc point qu'un individu exerce des actes de commerce et en fasse sa profession habituelle pour qu'il devienne à ce titre exclusivement justiciable des tribunaux consulaires. On repousse sans controverse aucune l'idée d'une compétence purement personnelle.

Mais on peut limiter par une sage réserve l'influence attribuée à la qualité de la personne. Le commerçant, peut-on-dire, en sa qualité doit relever des juges consulaires ; c'est la pensée du législateur, puisque les articles 631-1° et 632 § 6 sur lesquels on fonde les actes de commerce par relation, parlent simplement des engagements, transactions, obligations « entre négociants, marchands et banquiers ». Mais la qualité de commerçant ne couvre pas la personne d'une façon absolue et permanente, elle s'efface momentanément quand celui qui en est revêtu accomplit des actes essentiellement civils. Pour cette raison il ne faut point s'en rapporter simplement à la qualité ordinaire de l'agent, il faut voir si lorsqu'il a agi il ne s'est pas dépouillé de son titre ; la théorie de l'accessoire a justement pour but de permettre ce contrôle en l'éclairant : en dehors des cas où il accomplit un acte commercial par lui-même, le commerçant n'agit comme tel que lorsqu'il accomplit un acte accessoire à son commerce.

En un mot, si les actes qu'un négociant accomplit accessoirement à son entreprise sont commerciaux, c'est

parce qu'ils émanent d'un commerçant agissant comme tel, et la commercialité de ces actes est personnelle puisqu'elle dérive de la qualité de la personne. On pourrait aussi bien dire que ces actes sont commerciaux parce qu'ils sont accomplis par un commerçant et parce qu'ils se rattachent accessoirement au commerce et qualifier de mixte cette commercialité justifiée à la fois par la considération des personnes et par celle des choses.

Ce système est traditionnel ; il est admis implicitement ou explicitement par la grande majorité des auteurs (1) et la jurisprudence, sauf quelques arrêts récents que nous indiquons plus loin, lui est entièrement favorable (2).

On peut pourtant concevoir autrement la théorie de l'accessoire et lui donner un sens plus profond. On peut admettre que si les actes qu'un négociant accomplit accessoirement à son commerce sont commerciaux, c'est uniquement à cause de ce rapport logique d'accessoire à principal et non à cause de la qualité de l'auteur ; on peut admettre que la considération de la personne n'entre pour rien dans le fondement du caractère commercial, que seuls la nature de l'exploitation principale et le lien logique qui lui rattachent les actes expliquent la commercialité.

(1) Ruben de Couder, *Diction.*, v^o *Compt. comm.*, 14 ; Boistel, *Précis*, n^o 50 ; Laurin, *Traité de Droit commercial*. M. Thaller semble bien aussi être partisan de l'idée d'une compétence personnelle : *Traité élém.*, n^{os} 7-2^o, 54, 73. Les auteurs plus anciens seront cités à propos de l'histoire de la théorie de l'accessoire, chap. III, section 3, *in fine*.

(2) Nous nous bornons à citer les plus importants : Cass., 28 janvier 1878, S. 79.II.289 ; Dijon, 15 avril 1879, S. 79.II.290 ; Cass., 29 janvier 1883, S. 85.I.482 ; Rennes, 31 mars 1892, D. P. 93.II.79. La jurisprudence plus ancienne sera mentionnée au chapitre III, section 3, *in fine*.

Dans cette conception, quand un négociant accomplit un acte accessoire à son entreprise, cet acte est commercial parce qu'il est l'accessoire de cette entreprise ; la relation logique constatée est nécessaire, mais suffisante pour fonder la compétence des juges consulaires.

La commercialité est ainsi présentée comme purement réelle, fondée uniquement sur la considération des faits ; et la théorie de l'accessoire, au lieu d'apparaître comme une sorte d'instrument au service d'un système de commercialité personnelle, devient indépendante, complète par elle-même ; elle n'aide plus seulement à discerner les actes de commerce par relation, elle est leur explication entière.

La Cour de cassation semble avoir adopté cette manière de voir dans un arrêt du 21 mars 1892 (1).

Ayant à déterminer le caractère civil ou commercial d'une convention par laquelle un particulier avait obtenu d'une ville la concession d'un établissement thermal et de ses annexes pour les exploiter, la Cour, se conformant à la décision des juges de première instance et d'appel, reconnut le caractère commercial. Et si nous examinons les motifs de l'arrêt, nous y trouvons simplement la formule suivante dont nous nous sommes déjà servi d'ailleurs pour faire connaître la théorie de l'accessoire : « Il suffit qu'une convention se rattache à l'exploitation d'un commerce et en soit l'accessoire et le moyen pour qu'elle af-

(1) S. 93.I.229. *Adde* dans le même sens : Paris, 28 décembre 1893, *Pand. franç.*, 94.II.279 ; Douai, 5 juillet 1898, *Gaz. des Trib.* du 10 novembre 1898. Ces deux arrêts d'appel sont plus formels que l'arrêt de cassation cité, en ce sens qu'ils qualifient commerciaux des actes accessoires à un commerce futur en constatant simplement que ces actes se rattachent au commerce et en déclarant expressément que la qualité de l'auteur importe peu.

fecte le caractère commercial. » Rien de plus ; aucune allusion à la qualité du commerçant ; la compétence est fondée simplement sur les faits ; elle est réelle.

C'est d'ailleurs la qualification de ces actes qui se rapportent à un commerce futur, qui sont accomplis par conséquent avant que leur auteur ne soit commerçant qui attache un intérêt pratique aux deux conceptions théoriques que nous opposons. Si la compétence est réelle, ces actes sans hésitation doivent être reconnus commerciaux ; si elle est personnelle, comment attribuer par anticipation à l'auteur de ces actes la qualité de commerçant afin de justifier la compétence consulaire (1) ?

Parmi les auteurs, nous citerons comme partisans de la compétence réelle, MM. Lyon-Caen et Renault. On va se récrier ; ces deux auteurs, en effet, dans leur *Traité de Droit commercial*, opposent aux actes de commerce par eux-mêmes les actes qui sont réputés commerciaux à raison de la qualité des personnes dont ils émanent (2). Comment alors pouvons-nous soutenir qu'ils croient à une compétence purement réelle ? Notre réponse est toute simple : MM. Lyon-Caen et Renault ont choisi cette rubrique pour traiter à la fois de la présomption de commercialité et des actes de commerce par relation ; ils enseignent conformément à la doctrine unanime que la qualité de commerçant de l'agent fait supposer dans notre droit que l'acte est commercial ; mais d'autre part, ils enseignent que quand la compétence du tribunal est discutée, c'est la relation de l'acte avec le négoce qui permet au tribunal de rester saisi. Et, selon eux, cette relation est l'unique condition de la compétence, puisque, en ter-

(1) V. au chap. IV, sect. 5.

(2) Lyon-Caen et Renault, I, 100 et 167.

mes très généraux et sans se préoccuper en aucune façon de la qualité de la personne, ils affirment le caractère commercial de l'acte relatif à un commerce futur et même de l'acte accessoire à une opération commerciale isolée (1). L'agent, dans ces hypothèses, n'est pas commerçant ; MM. Lyon-Caen et Renault n'essayent point de lui donner cette qualité par anticipation, et pourtant ils déclarent les actes commerciaux. Dans leur pensée, malgré une terminologie peut-être malheureuse, la compétence est purement réelle (2).

Et cette doctrine est celle que nous préférons ; elle rend plus simple le fondement de la commercialité des actes prévus par les articles 631-1° et 632 § 6 : elle met une harmonie complète dans le système général du Code, puisque le caractère des actes de commerce par eux-mêmes est lui aussi réel ; elle satisfait mieux la raison, puisqu'elle place dans les faits et dans leurs rapports logiques le principe de leur qualification. Nous essayerons donc de la justifier, et dès maintenant, nous supposerons que la théorie de l'accessoire a toute la portée et toute la force que lui donne cette doctrine. Si par la suite, en contrôlant notamment par les textes la justesse de cette théorie, nous sommes contraint de reconnaître que l'idée d'une com-

(1) Lyon-Caen et Renault, I, 174 et 174 *bis*.

(2) M. Appert, *op. cit.*, admet les solutions de MM. Lyon-Caen et Renault (p. 301 et 302) et en même temps il parle positivement « d'une répercussion de la qualité de la personne sur la nature de l'acte » (p. 293) ; on peut lui reprocher plus qu'un défaut de terminologie. — Nous considérons M. Labbé comme un partisan de la compétence réelle, note dans S. 79.I.289 (v. chap. III, sect. 3, l'analyse de cette note ; dans la même section *in fine* nous citons les auteurs qui plus anciennement ont soutenu, mais seulement d'après les textes, la thèse de la compétence réelle.

pétence purement réelle est repoussée par notre droit positif, nous saurons faire le sacrifice imposé par cette constatation, et nous réduirons la théorie de l'accessoire suivant les exigences de l'idée d'une compétence personnelle.

Pour le moment, du reste, nous devons adopter une terminologie appropriée à cette conception. Nous avons nommé jusqu'ici les actes que nous étudions : « actes de commerce par relation » ; nous continuerons à nous servir de cette expression qui répond fort bien à l'idée de la compétence réelle. Nous dirons tout aussi bien : « actes de commerce par accession » ; cette seconde formule a même l'avantage de faire penser plus directement à la théorie de l'accessoire. Mais nous éviterons de dire : « actes de commerce par la qualité de leur auteur ou actes de commerce subjectifs ». Cette dernière expression est employée par un jurisconsulte italien, M. Manara (1), qui l'oppose à celle d' « actes de commerce objectifs », désignant les actes de commerce par eux-mêmes. Elle contient une allusion directe à l'influence de la personne du sujet, et pour ce motif ne saurait nous convenir.

Dans les cas assez rares où nous aurons encore à parler des actes qui s'opposent à ceux que nous étudions, nous les nommerons comme nous avons fait jusqu'ici « actes de commerce par eux-mêmes ». Les jurisconsultes allemands les appellent aussi « actes de commerce absolus » et marquent ainsi le caractère indépendant de ces actes ; nous pourrions employer cette qualification. Mais nous ne dirons point « actes de commerce par nature » (2) ; cette expression employée sans commentaire pourrait faire son-

(1) *Gli atti di commercio*, p. 1, p. 24 et suiv., p. 62 et suiv.

(2) Cette terminologie est employée par M. Thaller, *Traité élém.*, 7.

ger à des actes qui répondent tous à une notion économique du commerce, et par opposition faire croire que seuls, les actes de commerce par relation sont en ce sens factices ; nous avons montré qu'il y aurait là une erreur, et nous nous garderons de la favoriser par un langage impropre.

Nous avons séparé l'objet de notre étude des objets qui l'avoisinent ; nous avons d'après les indications de la doctrine, établi ce que sont les actes de commerce par relation : nous avons exposé aussi, mais succinctement, la théorie à l'aide de laquelle on détermine ces actes. Il s'agit maintenant pour nous de contrôler ces données, de voir si elles doivent être accueillies ou repoussées ; et comme la théorie de l'accessoire en est le pivot, toute notre besogne consistera à vérifier cette théorie.

Notre second chapitre aura donc pour objet de rechercher quel appui cette théorie trouve dans les textes, puisque les textes sont la mesure et la limite du droit positif.

D'ailleurs en éprouvant ainsi la théorie de l'accessoire, nous serons naturellement menés à la creuser davantage et ainsi, quand l'examen critique sera achevé (disons tout de suite que ce ne sera pas dès la fin du chapitre prochain), nous la connaissons à fond et nous pourrons poser toutes les règles, dont l'application fournira ensuite la matière d'un très important chapitre.

CHAPITRE II

LA THÉORIE DE L'ACCESSOIRE ET LES TEXTES (1).

SECTION I. — Le Code de commerce ne contient ni un exposé ni une application de la théorie de l'accessoire. A quelles conditions, il peut cependant lui fournir un point d'appui.

On pense bien que nous ne chercherons pas dans le Code de commerce un exposé doctrinal de la théorie de l'accessoire. C'est une vérité bien connue que les lois ne font pas usage de formules abstraites (2); qu'elles procèdent au

(1) Nous supposons démontré que les textes du livre IV, titre II du Code de commerce, tout en ne visant apparemment que la question de la compétence des tribunaux de commerce, déterminent en réalité les actes de commerce au point de vue de l'assujettissement à l'ensemble du droit commercial. Cette démonstration intéressante pour tous les actes de commerce, ne rentre pas spécialement dans notre sujet; c'est pourquoi nous ne jugeons pas à propos de la faire. Voir sur ce point Lyon-Caen et Renault, *Traité*, I, 99.

(2) Il est facile de saisir les raisons pour lesquelles les formules abstraites ne se rencontrent jamais dans les lois. D'abord elles seraient obscures pour le grand nombre, à moins que d'être accompagnées d'explications dont la longueur mettrait obstacle à la concision qui est indispensable dans tout texte de loi. Ensuite par leur généralité, elles recouvriraient trop de cas imprévus qu'elles résoudreient d'avance, engageant ainsi, peut-être fort malheureusement, l'autorité du législateur. D'ailleurs à ceux qui élaborent les lois, les questions théoriques ne se présentent jamais qu'enveloppées dans des difficultés particulières; cela seul suffirait à la rigueur à expliquer pourquoi les solutions données sont toujours également particulières.

contraire par le moyen de solutions particulières et pratiques, ne donnant le droit que par morceaux.

Il ne faut pas le regretter ; c'est à cela que la science juridique doit d'exister. Si les textes offraient au premier regard satisfaction complète à l'esprit, si tout en eux était expliqué et généralisé, où serait l'objet de l'étude ? Il n'est point de science qui n'ait pour point de départ une connaissance imparfaite et pour stimulant l'espoir d'accroître cette connaissance.

Il faut d'autant moins chercher dans le Code de commerce un exposé de notre théorie, que les actes de commerce par eux-mêmes, qui sont la base même de tout notre système de compétence, y sont déterminés en dehors de toute pensée didactique. Les rédacteurs du Code ont renoncé à définir ces actes ; ils se sont bornés à les énumérer ; même la liste des articles 632 et 633 est loin de suggérer une synthèse. Si à l'inverse, les actes de commerce par relation se fondaient sur une formule précise et générale, ce serait dans la réglementation d'une même matière, l'incohérence la plus tranchée et notre législateur paraîtrait n'avoir obéi qu'à des caprices.

Quand les doctrines sont contenues dans les textes, c'est sous la forme de solutions pratiques ; elles s'y trouvent non exposées, mais appliquées. Par exemple au Code civil, sous la rubrique « de la cause dans les contrats », les articles 1131 à 1133 sont inspirés par la théorie toute philosophique de la cause finale dans les obligations ; le législateur a admis à la suite des jurisconsultes que le consentement, source de toute obligation contractuelle, ne se comprenait pas sans l'intelligence et que celle-ci en temps qu'elle éclaire nos volitions ne se sépare pas de la finalité. De même, les articles 1044 et 1045 appliquent, sauf des

modifications de détail, la théorie romaine de l'accroissement dans les legs.

Mais remarquons-le bien, en consacrant ces doctrines, les rédacteurs du Code civil n'ont fait que maintenir le droit antérieur.

Ces doctrines, en effet, régnaient d'avance dans la science comme dans la pratique, et les rédacteurs du Code, résolus à suivre la tradition sur les points qu'elles réglaient, les ont naturellement admises. Le législateur du Code de commerce n'a pu suivre la même voie en ce qui concerne la théorie de l'accessoire : cette théorie n'existait pas dans notre ancien droit.

Un texte de Jousse est décisif sur ce point. Cet auteur commentant l'article 4, titre XII de l'ordonnance de 1673 (1), prévoit des espèces que la théorie de l'accessoire aurait attribué à la compétence des juges-consuls et sans hésiter un instant, comme sans mentionner aucune opinion divergente, il les leur soustrait. « Une vente de pierre ou de bois faite à un meunier pour la construction d'un moulin, n'est point de la compétence des juges-consuls, parce que ces pierres ou ces bois ne sont point destinés pour être employés aux ouvrages qui sont la profession du meunier, quoique les choses lui soient fournies pour l'usage de son moulin. Et il en est de même des meubles ou autres fournitures semblables ; autrement il faudrait dire que la vente d'un moulin, faite par un meunier ou autre personne à un autre meunier ou celle d'un étai faite par un boucher à un autre boucher, se-

(1) Le titre XII de l'ordonnance de 1673 réglait la compétence sous la rubrique : *De la juridiction des consuls*.

rait de la compétence des juges-consuls, ce qui est absurde (1). »

Et Jousse associant des hypothèses que sans aucun doute il juge identiques, déclare ensuite également civils les achats d'outils et instruments de travail faits par des ouvriers non commerçants. Il aurait montré moins d'assurance et aurait raisonné davantage, si l'ombre d'un doute avait seulement effleuré son esprit. La théorie de l'accessoire n'était pas née à l'époque où Jousse écrivait, au milieu du siècle dernier.

Existait-elle au début de notre siècle, en 1806 et 1807, quand on rédigea le Code? Nous verrons au chapitre suivant que les ouvrages où elle apparut pour la première fois sont de beaucoup postérieurs à ce temps. Pour le moment il nous suffira de constater que les rédacteurs du Code n'ont nullement songé à cette doctrine.

Au cours des discussions pénibles qu'amena la question fondamentale de la compétence consulaire (2) (c'est en se plaçant à ce point de vue pratique de la compétence qu'on délimita le domaine du droit commercial) on n'agita guère que deux idées générales, deux idées opposées d'ailleurs. Il s'agissait de fixer un principe, de déterminer le critérium de la compétence. Viserait-on les personnes? Viserait-on les choses? Les deux systèmes avaient leurs partisans.

La commission soutenue par les Cours de Bruxelles, de

(1) Jousse, *Nouveau commentaire sur les ordonnances d'août 1669 et mars 1673*, au titre correspondant à celui de l'ordonnance.

(2) Voir Loqué, *Esprit du Code de commerce*, t. IV, explication de l'article 631; voir aussi les documents contenus au tome 20 de la *Législation civile, commerciale et criminelle de la France* auxquels Loqué renvoie.

Caen, de Rennes et par plusieurs tribunaux de commerce, voulait qu'on s'en rapportât uniquement à la nature du fait, sans avoir égard à la qualité des personnes ; que les juges-consuls connussent de tout acte de commerce, sauf à déterminer les éléments d'un tel acte. Ce projet était combattu par la Cour d'appel de Paris, par celles d'Angers, de Colmar, de Nancy, de Poitiers ; on lui opposait un système dans lequel les commerçants seuls eussent été justiciables des tribunaux consulaires pour les faits de leur négoce. La lutte engagée se compliqua de péripéties diverses ; elle n'eut point de résultat décisif, mais aboutit seulement à une transaction : les deux systèmes furent combinés (on le crut du moins) et l'article 631 nous montre fort bien l'idée à laquelle on s'arrêta, d'admettre à la fois une compétence réelle et une compétence personnelle :

« Les tribunaux de commerce connaîtront : 1° des contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers ; 3° de celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. »

Mais au milieu de ces débats, on cherche en vain l'idée de l'acte de commerce par relation, de l'acte dont on reconnaît le caractère au lien d'accessoire à principal qui le rattache à une exploitation commerciale. Sans doute les partisans de la compétence personnelle, qui sont les inspirateurs de l'article 631-1° faisaient, nous allons le voir, parmi les actes des commerçants une distinction entre les actes étrangers au négoce et ceux qui ne le sont pas ; sans doute, nous allons le voir aussi, par actes non étrangers au négoce du commerçant, ils entendaient plus que les actes de commerce par eux-mêmes ; mais parmi ces actes non étrangers au négoce, ils ne songeaient pas à discerner deux catégories : celle des actes auxquels les partisans de

la compétence réelle voulaient attacher directement et absolument le caractère commercial, celle des autres actes de commerce qui doivent leur caractère à leur situation de dépendance vis-à-vis de l'entreprise commerciale. Notre théorie n'était point dans l'esprit des rédacteurs du Code, et les textes n'en peuvent être une application.

Il n'en faut point conclure qu'elle est étrangère à notre droit positif.

Il se peut, en effet, que les dispositions du Code sans avoir été inspirées par elle, l'impliquent cependant et qu'elle en ait été déduite après coup par les interprètes.

Ceux-ci n'auraient pratiqué alors qu'une sorte de maïeutique, et le cas serait normal. Ne cherche-t-on pas, avec une constance que rien ne lasse, la définition de l'acte de commerce par lui-même telle que le Code peut l'impliquer ? On sait pourtant fort bien, que l'énumération de l'article 632 n'a été inspirée par aucun principe. Une théorie juridique a sa base légitime dans les textes, non seulement quand elle est clairement consacrée par eux, mais encore quand elle dérive d'eux logiquement. N'est-elle pas alors la volonté du législateur, aussi bien que si elle était expressément formulée ? Parfois même le fondement législatif d'une théorie est plus étroit : on ne se contente pas de raisonner sur les textes, on y ajoute et l'on fait une construction ; mais la présence de quelques matériaux fournis par la loi positive dans un ensemble harmonieux et intimement uni, suffit à justifier cet ensemble. Nous pensons à la théorie de l'excès de pouvoir en droit administratif, et à l'humble germe que fut pour elle la loi des 7-14 octobre 1790 (1).

En général, les théories juridiques ne pénétrèrent pas dans

(1) Voir l'historique de la formation de cette théorie, dans le *Traité de la Juridiction administrative* de Laferrière, t. II, p. 402.

le droit par le soin du législateur ; celui-ci ne leur offre le plus souvent qu'un point de départ.

Guidés par cette idée, si nous considérons que d'après l'enseignement de la doctrine, condensé dans notre premier chapitre, la théorie de l'accessoire se présente comme un instrument à l'aide duquel on détermine ou même on explique les actes de commerce que semblent fonder les articles 631-1° et 632 § 6 nous devons reconnaître que si ces textes fondent réellement un groupe d'actes de commerce, et que si la théorie de l'accessoire organise rationnellement ce groupe, cette théorie a par cela seul une base suffisante dans les textes et qu'elle fait corps avec notre droit positif.

Mais des deux conditions que nous venons d'énoncer, la première seule, celle qui subordonne la légitimité de la théorie de l'accessoire à l'existence d'un groupe secondaire d'actes de commerce, peut être examinée dans le présent chapitre ; seule en effet, elle nous retient en présence des textes. La seconde condition, celle de l'adaptation de la théorie au groupe, l'existence de celui-ci étant reconnue, soulève des questions d'ordre rationnel dont la place sera marquée plus loin.

D'ailleurs, reconnaître purement et simplement que les articles 631-1° et 632 § 6 établissent un groupe d'actes de commerce, ne serait pas suffisant. Pour contrôler ensuite avec la rigueur désirable l'accord logique qui peut exister entre la théorie et le groupe, nous devons rechercher aussi quelle étendue les textes donnent à celui-ci, et surtout sur quoi ils fondent sa commercialité. Une matière abondante, que nous répartirons en trois sections distinctes, devra donc être sondée à fond avant que nous puissions clore ce second chapitre.

SECTION II. — Les articles 631-1° et 632 § 6 fondent-ils réellement un groupe secondaire d'actes de commerce ?

« Les tribunaux de commerce, dit l'article 631, connaîtront : 1° des contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers ; 2°-3° de celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. » Sont donc soumis au droit commercial : 1° certains actes quelle que soit la qualité de leurs auteurs ; 2° les actes des commerçants. L'article 632 § 6 confirme cette conclusion : « la loi répute actes de commerce, toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers. »

A un premier examen la portée des textes ne semble pas douteuse : il existe à côté des actes qui sont commerciaux par eux-mêmes, un groupe secondaire d'actes de commerce.

Malheureusement la rédaction de ces articles est défectueuse, et quand nous aurons constaté son défaut, nous verrons surgir une sérieuse difficulté.

Les termes des articles 631-1° et 632 § 6 sont trop généraux ; comment admettre en effet que le négociant à raison de sa qualité soit soustrait totalement au droit commun ? qu'il doive relever des tribunaux consulaires, même pour les faits les plus étrangers à son commerce ? La législation commerciale serait alors pour lui une protectrice bien indiscrette qui ne tarderait pas à le lasser par ses exigences et par sa tyrannie.

D'ailleurs, l'exagération contenue dans les articles 631-1° et 632 § 6 est révélée par un autre texte. « Ne seront point de la compétence des tribunaux de commerce, dit l'article 638 § 1, les actions intentées contre un commerçant

pour paiement de denrées et marchandises achetées pour son usage particulier. » Voilà donc une restriction : si un banquier achète des meubles pour garnir sa demeure particulière, si un épicier achète des victuailles, non pour les revendre mais pour se nourrir lui et sa famille, les contrats ainsi passés restent en dehors du droit commercial et sont par conséquent régis par le droit civil.

Cette restriction n'empêche évidemment pas l'article 631-1° de fonder un groupe d'actes de commerce : entre les achats réalisés pour l'usage particulier et les actes de commerce énumérés par les articles 632 et 633, il y a place pour une multitude d'actes juridiques auxquels s'applique sans doute cet article 631-1°. Par exemple, l'achat de registres fait par un commerçant pour l'usage de son bureau, n'est ni un achat pour revendre, ni un achat pour l'usage particulier, et l'article 631-1° doit sans doute s'appliquer à cet acte.

Mais la limitation qu'apporte l'article 638, alinéa 1, est insuffisante. Un négociant figure dans un partage de succession et passe à ce propos diverses conventions ; ou bien il dote sa fille ; ou bien il charge son avoué de le défendre dans un procès civil. Ces actes et bien d'autres encore qu'on pourrait citer ne peuvent avoir été visés implicitement par les rédacteurs du Code quand ils ont parlé de l'achat pour l'usage particulier ; l'expression employée par eux est trop spéciale pour cela. Il est trop clair pourtant qu'on ne peut traiter ces actes comme faits de négoce. Et comment l'article 638, alinéa 1, corrigerait-il exactement l'article 631 § 1, alors qu'il n'a pas été écrit pour cela ? Ce texte a été inséré au Code pour préciser la notion de l'achat pour revendre. Sa rédaction l'indique nettement, quand on l'envisage dans son entier : « Ne seront

point de la compétence des tribunaux de commerce, les actions intentées contre un propriétaire, cultivateur ou vigneron pour vente de denrées provenant de son cru, les actions intentées contre un commerçant pour paiement de denrées ou marchandises achetées pour son usage particulier ». C'est bien là un complément de l'article 632 § 1, proclamant la commercialité de l'achat pour revendre ; le législateur aide à discerner les cas où le contrat de vente est commercial en indiquant des cas où il ne l'est pas. Ajoutons qu'à la séance où ces divers textes furent soumis au Corps législatif, le 14 septembre 1807, Delpierre, l'un des orateurs chargés d'exprimer le vœu des sections du Tribunat, déclara que l'article 638 et l'article 632 se rapportaient à la même question (1). Si donc l'article 638 alinéa 1 nous montre qu'il y a dans les articles 631-1^o et 632 § 6 une exagération, il ne nous donne point la mesure de cette exagération (2).

(1) Loaré, *Législation de la France*, t. 20, discours de Delpierre, 4, p. 244. — Noter en outre que les observations des Cours et tribunaux qui sont l'origine de l'article 638 § 1, furent provoquées par le projet de la commission qui déclarait commerciaux : « tous actes relatifs aux trafics et négoce de denrées et marchandises ». Les idées contenues dans ce texte ont donc été exprimées à propos de la compétence réelle, non à propos de la compétence personnelle et elles sont destinées à éclaircir l'article 632 alinéa 1, non l'article 631-1^o. — Voir le résumé des observations des tribunaux dans Loaré, *Esprit du Code de commerce*, t. IV, sur l'article 638 ; — observer cependant que Loaré, p. 195, en exposant sa propre pensée, semble rapprocher l'article 638 de l'article 631-1^o ; cette erreur a sans doute été provoquée par l'erreur commise par le tribun Maret dans son exposé de motifs (*Législation de la France*, t. 20, p. 225).

(2) On ne doit donc pas, pour prouver que l'article 631-1^o établit vraiment un groupe secondaire d'actes de commerce, le rapprocher de l'article 638 alinéa 1, et montrer que même restreint par celui-ci, il est encore plus large que la nomenclature des articles 632 et 633. Cet ar-

L'exacte restriction que comportent ces textes nous est indiquée non par le Code lui-même, mais par les travaux préparatoires. En mentionnant plus haut brièvement les deux principes directeurs qu'on avait opposés l'un à l'autre lors de la préparation du Code, le principe de la compétence réelle et celui de la compétence personnelle, nous n'avons pas présenté ce dernier sous un aspect absolu ; nous avons dit que ses partisans voulaient placer sous la juridiction des consuls les commerçants, sauf les cas où ils accomplissaient des actes ordinaires. L'idée de la compétence personnelle n'a jamais été proposée sans cette limitation. C'est la section de législation du Conseil d'État qui défendait cette idée ; or l'article 6 de son projet (1) était ainsi conçu : « Les tribunaux de commerce connaîtront de tous les différends entre marchands et négociants pour fait de leur commerce. » A la séance du Conseil d'État du 8 novembre 1806, on discuta et cette restriction fut confirmée (2). Le procès-verbal de la séance du 16 mai 1807 (3) montre qu'on lui resta fidèle. Enfin le tribun Delpierre, dans le discours dont nous avons déjà parlé, déclara que « le titre II du livre VI fortifie le principe de la juridiction réelle de la *disposition de l'ordonnance*, qui fondait sur la qualité des personnes l'autorité des juges-consuls (4) ». Or l'article 4, titre XII de l'ordonnance de 1673

gument est pourtant en faveur ; MM. Lyon-Caen et Renault l'emploient : *Traité*, I, 171.

(1) Le texte du projet de la section de législation est rapporté au procès-verbal de la séance du Conseil d'État du 8 novembre 1806, Locré, *Législat. de la France*, t. 20, p. 87 et suiv.

(2) Locré, *Législat. de la France*, t. 20, p. 94 et 95.

(3) Locré, *Législat. de la France*, t. 20 ; procès-verbal de cette séance du 16 mai 1807, n^{os} 4 et 7.

(4) Voir le discours de Delpierre dans Locré, *Législat. de la France*,

était rédigé dans les termes suivants : « Les juges et consuls connaîtront des différends pour ventes faites par des marchands, artisans et gens de métier afin de revendre ou de travailler de leur profession : comme à tailleurs d'habits pour étoffes, passements et autres fournitures, etc.. »

Locré résume fort bien le système de la compétence personnelle, tel qu'il était conçu par les rédacteurs du Code : « Les négociants seuls auraient été justiciables des tribunaux de commerce, mais seulement comme négociants, c'est-à-dire à raison de leur commerce (1). »

Mais si la disposition de ce texte doit être ainsi entendue, sa portée s'obscurcit singulièrement. Quand donc un négociant agit-il comme tel ? Est-ce seulement quand il accomplit un de ces actes spécifiques qu'énumèrent les articles 632 et 633 ? Les actes de commerce du négociant sont-ils seulement les actes de commerce par eux-mêmes, ou bien sont-ils ceux-là, plus certains autres moins bien définis ? Si les partisans de la compétence personnelle ont simplement songé au système de l'ordonnance de 1673, ne faut-il pas se borner, comme on le faisait sous l'ordonnance, à reconnaître comme actes de commerce ceux que la loi indique spécialement et par leur nom ?

t. 20, p. 236 et suiv. (la citation est empruntée au n° 2 de ce discours, division de Loqué).

(1) Loqué, *Esprit du Code de commerce*, t. 4, commentaire de l'article 631, p. 93. Pourquoi la restriction sur laquelle on s'accordait si bien n'a-t-elle pas été exprimée ? Sans doute, parce qu'elle paraissait imposée par le bon sens et par suite inutile à dire ; en outre, parce que si elle avait été exprimée, le plaideur qui aurait voulu poursuivre un négociant devant le tribunal de commerce, aurait dû commencer par prouver que l'acte n'était pas étranger au commerce de ce négociant. Quel eût été alors le rôle de la qualité de la personne ? Voir d'ailleurs Bédarride, *De la juridiction commerciale*, n° 182.

Un jurisconsulte l'a formellement prétendu ; c'est M. Albert Desjardins, avocat près la Cour de Paris, qui en 1864 publiait dans la *Revue critique* (1) une dissertation sur ce sujet.

Le système de M. Desjardins se résume dans les deux propositions suivantes : 1° il n'y a pas d'actes de commerce en dehors des actes qui sont commerciaux par eux-mêmes ; 2° l'article 631-1° décide simplement que la qualité de négociant fait supposer la commercialité des actes ; cette présomption d'ailleurs peut être renversée par la preuve contraire.

Nous devons examiner les arguments qu'il invoque à l'appui de cette double thèse.

Les transactions de tout genre, fait-il observer d'abord, se divisent en deux catégories, celle des actes civils, celle des actes commerciaux. Bien plus, celle-ci n'est qu'une exception. « C'est donc à la première, celle des actes civils, qu'il faut rattacher tous les faits sur lesquels peuvent s'élever quelques doutes, ou pour mieux dire, ceux que le législateur n'a pas expressément rattachés à la seconde. »

C'est très juste ; mais l'article 631-1° a bien l'air de « rattacher expressément » à cette catégorie des actes de commerce, tous les actes accomplis par les négociants, sauf ceux qui sont complètement étrangers au négoce.

Si la portée de ce texte paraît douteuse, si on peut croire que seuls les actes de commerce par eux-mêmes ne sont pas étrangers au négoce, c'est à M. Desjardins à montrer que le doute doit être tranché en faveur de son opinion.

Il essaye de le faire en niant que la qualité de la personne puisse influencer sur l'acte. « La qualification d'acte de

(1) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. 24, p. 216 et suiv.

commerce tient à la nature même de l'acte, non à la qualité de celui qui le fait. C'est ce qui paraît démontré à la seule lecture des deux articles 632 et 633 et par le paragraphe 6 de l'article 632. » Que dans les deux premiers de ces textes, le législateur considère les faits en eux-mêmes, c'est assez clair ; que dans le dernier, il n'ait pas considéré la qualité des personnes pour en faire le fondement d'une véritable compétence, c'est beaucoup moins évident et M. Desjardins ne le démontre pas. Il aurait pu le démontrer cependant : nous verrons bientôt que les rédacteurs du Code n'ont fondé qu'en apparence une compétence personnelle, qu'au fond toute la compétence des tribunaux de commerce est réelle. Mais en résulte-t-il nécessairement que l'article 634-1° n'établisse pas un groupe d'actes de commerce ? C'est le point important et M. Desjardins ne l'a pas abordé parce qu'à son époque, la doctrine entière en même temps qu'elle voyait dans ce texte le fondement d'un groupe d'actes de commerce, l'expliquait conformément à l'idée des rédacteurs du Code par la qualité des personnes. En niant l'influence de cette qualité, M. Desjardins croyait donc nier nécessairement l'existence des actes. Pour la même raison, il cite comme partisans de son système les auteurs qui, avant lui, avaient prétendu qu'en dépit des apparences, le Code établissait en tous points une compétence purement réelle. Il cite notamment Carré. S'il avait mieux lu cet auteur, il aurait au contraire vu en lui un de ses adversaires les plus redoutables. Carré en effet, tout en déclarant avec force que dans notre droit, la compétence des tribunaux de commerce est purement réelle, exprime ainsi son opinion sur la portée de l'article 634-1° : « Lorsque la contestation existe entre les personnes dont la loi parle (les commerçants) les tribunaux de commerce

sont compétents, lorsqu'elle n'aurait pas pour objet un acte réputé commercial ; il suffit que cet acte ait rapport à leur commerce (1). » C'est la condamnation formelle de l'opinion qui lui est attribuée.

M. Desjardins invoque plus à propos l'autorité de Jousse (2) ; mais la question est justement de savoir si les rédacteurs du Code ont voulu suivre exactement l'ancien droit en ce qui touche la compétence personnelle, ou s'ils n'ont pas voulu au contraire élargir cette compétence.

Nous avons cité plus haut des paroles du tribun Delapierre, tendant à faire croire qu'ils entendaient en rester au système de l'ordonnance de 1673. Mais en réalité en attribuant aux tribunaux de commerce la connaissance de tous différends entre négociants pour fait de négoce, on recouvrait sous cette idée du fait de négoce beaucoup plus que la liste des actes de commerce par eux-mêmes ; on recouvrait cette liste d'abord et en outre l'ensemble indéterminé des actes ayant rapport au commerce. Nous allons le montrer.

Le 4 septembre 1807, le livre IV du Code de commerce fut présenté à la sanction du Corps législatif par le conseiller d'État Maret. Et c'est dans les termes suivants que cet orateur expliquait l'idée de la compétence personnelle.

« Si la loi a dû dire : tel acte est réputé fait de commerce, n'en est-il pas tels autres qui le sont si évidemment qu'il n'y a point d'examen à faire pour les qualifier ? Oui, sans doute ; mais c'est en considérant comme le

(1) Carré, *Lois de l'organisation et de la compétence des juridictions civile et commerciale*, t. 2, article 384, p. 520.

(2) Voir la citation que nous avons rapportée de Jousse, à la section précédente du présent chapitre.

fait la loi, la qualité des personnes qui ont contracté (1). » Voilà qui est net. On nous opposera les paroles de Delpierre déjà citées : « Le titre II du livre IV fortifie le principe de la juridiction réelle de la disposition de l'ordonnance qui fondait sur la qualité des personnes l'autorité des juges consulaires. » Mais si ces paroles visent nettement dans l'ordonnance de 1673 le principe de la considération des personnes, par contre, elles laissent de côté la restriction à laquelle on soumettait le principe. Dans tout le discours de Delpierre, rien n'indique quelle importance on entendait donner à cette restriction.

D'ailleurs Locré, au tome IV de son *Esprit du Code de commerce*, résume les travaux préparatoires d'où sortit l'article 631, et il donne une formule qui, examinée attentivement, montre bien qu'il entendait plus largement l'acte de commerce entre négociants qu'entre simples particuliers. Selon lui, il y a une compétence personnelle « en ce sens, que la qualité de commerçant élève une présomption par l'effet de laquelle celui qui en est revêtu est réputé s'être obligé ou avoir contracté à raison de son commerce, toutes les fois qu'il ne prouve pas qu'il s'est engagé comme particulier ; tandis que le non-commerçant au contraire, est censé avoir traité comme particulier, toutes les fois que l'acte qu'il a fait n'est pas nécessairement un acte de commerce » (2).

Le non-commerçant agit donc comme tel, quand il

(1) Locré, *Législat. de la France*, élément 23 du Commentaire, n° 6.

(2) Deuxième édition, p. 94. Les expressions de Locré ne sont point dues à un hasard de rédaction ; elles se retrouvent à la page précédente (p. 93, deuxième édition) où il oppose les deux systèmes de la compétence réelle et de la compétence personnelle avant de constater leur combinaison.

n'accomplit pas un acte commercial par lui-même, le négociant n'agit comme particulier que quand il ne contracte pas à raison de son commerce. Et il est clair qu'agir à raison de son commerce, ce n'est pas seulement accomplir les actes spécifiques de commerce.

Aussi bien la rédaction de l'article 634-1^o repousse l'interprétation qu'en donne M. Desjardins : « Les tribunaux de commerce connaîtront ». Ces termes sont trop énergiques pour viser une simple compétence provisoire, telle qu'elle peut résulter d'une présomption *juris tantum*. Et comment expliquer la fâcheuse idée qu'auraient eue les rédacteurs du Code de régler pêle-mêle, dans un même article, la véritable compétence, fondée sur les actes de commerce par eux-mêmes, et la compétence toute apparente fondée sur la qualité des personnes ?

L'article 632 § 6 fournit aussi un argument que nous croyons très fort, mais peut-être moins direct qu'on ne le pense en général. « La loi répute actes de commerce... toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ». Ce n'est point d'une présomption qu'il s'agit là, du moins d'une présomption *juris tantum* ; sinon, on peut également discuter en justice la commercialité de l'achat pour revendre, ou des autres actes que le même article mentionne. D'autre part, s'il faut admettre que les obligations visées sont uniquement celles que les commerçants contractent en leur qualité, on ne peut cependant pas aller jusqu'à les réduire aux seuls contrats et opérations que le Code désigne nommément dans le même article : ou bien on accuse du même coup le législateur d'une répétition absurde. Il s'agit donc bien dans cet article 632 § 6 d'obligations qui tout en n'étant pas par elles-mêmes des actes de commerce sont cependant de véritables actes

de commerce. Et il faut en conclure que les engagements et transactions de l'article 631-1°, sont de véritables actes de commerce.

Toutefois cette conclusion ne sort pas aussi immédiatement qu'on le pense en général. D'après la plupart des auteurs (1), le mot « obligations » de l'article 632 § 6 est pris dans son sens le plus large, il désigne là : tout ce qui engage, tout ce qui oblige. Dès lors l'article 632 § 6 apparaît comme une répétition de l'article 631-1°, et les « engagements et transactions » des négociants, attribués à la juridiction consulaire par l'article 631-1° en des termes peut-être douteux, sont qualifiés nettement actes de commerce par l'article 632 § 6 sous un autre nom. Avec cette interprétation du mot « obligations », la simple lecture du texte emporte la conviction. Mais, il faut bien le dire, cette interprétation n'est pas exacte ; nous montrerons bientôt (2) que le mot « obligations » de l'article 632 § 6 désigne seulement les effets de commerce, si bien que pour mettre en lumière le vrai sens de l'article 631-1°, il faut non pas se contenter de lire l'article 632 § 6 mais raisonner sur lui. Le raisonnement est d'ailleurs fort simple ; car si les effets de commerce ne sont pas tous les engagements et transactions des négociants, ils rentrent du moins parmi eux ; et si dans cet ensemble que forment les engagements et transactions des négociants, certains actes sont qualifiés commerciaux pour cette seule raison qu'ils sont accomplis par des négociants (ou plutôt, comme nous le verrons plus loin, parce qu'ils se rattachent au commerce), pourquoi tous n'auraient-il pas reçu

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, I, 171 et 177 ; Thaller, *Traité élémentaire*, 54, 55-3°.

(2) Voir la section 3 du présent chapitre.

la même qualification, puisque tous satisfont à la même condition ? Prétendre que l'article 631-1°, ne fonde qu'une présomption de commercialité et admettre, comme il le faut bien, que l'article 632 § 6 vise de véritables actes de commerce, c'est mettre au compte du législateur le défaut de logique le plus inattendu.

Le sens de l'article 631-1° est maintenant éclairci. La réfutation que nous avons présentée du système de M. Desjardins et les arguments que nous avons ensuite exposés, montrent clairement que l'article 631-1°, fonde véritablement un groupe secondaire d'actes de commerce à côté des actes qui sont commerciaux par eux-mêmes. C'est d'ailleurs un point de doctrine qui n'a jamais été ébranlé : l'opinion de M. Desjardins n'a pas été suivie (1).

La théorie de l'accessoire trouve ainsi dans les textes le point d'appui dont elle pouvait le moins se passer. Présentée comme l'explication de certains actes de commerce, elle croulait si suivant le Code ces actes n'existaient pas.

(1) Au cours du prochain chapitre dans lequel nous étudierons l'histoire de la théorie de l'accessoire, nous n'aurons pas à constater de mouvement d'opinion en faveur de l'idée de Desjardins. Nous croyons cependant que M. Demangeat a partagé cette idée, sans savoir d'ailleurs s'il a été inspiré ou non par l'article de Desjardins. Nous le croyons parce qu'à la manière dont il parle de l'article 631-1°, il semble réduire la portée de ce texte à fonder la présomption de commercialité (*Traité* de Demangeat sur Bravard, tome VI, p. 318, 321, 402, 403 et suiv.). Nous le croyons encore parce que M. Demangeat, comme nous le verrons au chapitre suivant, section 2, rattache la théorie de l'accessoire non aux articles 631-1° et 632, § 6, mais aux textes qui règlent l'achat pour revendre et les entreprises (*op. cit.*, p. 335 et 345), et parce qu'il qualifie la compétence de réelle, sans distinguer de catégories parmi les actes de commerce (*op. cit.*, p. 318). Il faut bien discerner d'ailleurs dans l'ouvrage que nous citons les idées de Bravard et celles de Demangeat ; ce n'est point malaisé pour la présente question, car la doctrine de Bravard sur ce point est exposée à part, pages 219-240.

Au contraire, l'existence de ces actes étant reconnue, nous pourrions justifier la théorie en montrant qu'elle s'adapte à eux pour les désigner et même pour les expliquer.

SECTION III. — Étendue du groupe d'actes de commerce que fondent les articles 631-1° et 632 § 6.

Nous avons vu au cours du précédent chapitre, que la théorie de l'accessoire est considérée comme absolument générale, et qu'on n'hésite pas à l'appliquer aux délits, aux quasi-délits, aux quasi-contrats. Comme nous venons d'établir que les articles 631-1° et 632 § 6 du Code de commerce, fondent le groupe d'actes de commerce auquel la théorie de l'accessoire doit s'adapter, nous pouvons voir immédiatement si les textes admettent vraiment dans ce groupe une telle variété, s'ils sont assez généraux pour être étendus à l'aide de la théorie à tous les genres d'obligations.

Sur ce point, nous n'hésitons pas. L'article 631-1° attribue au tribunal de commerce la connaissance des contestations relatives aux « engagements et transactions » intervenus entre négociants. Ces termes sont absolument généraux ; aucune distinction n'est exprimée ni sous-entendue ; c'est donc se conformer exactement à la volonté du législateur que d'appliquer ce texte à tous les genres d'obligations. La jurisprudence est d'ailleurs très solidement fixée en ce sens (1).

(1) Pour n'avoir pas à dresser une trop longue liste d'arrêts, nous bornons à citer les arrêts de Cassation : 28 octobre 1896, D. P. 97.I.583 ; 20 mai 1896, D. P. 96.V.134 ; 11 décembre 1895, D. P. 96.I.263 ; 11 juillet 1877, D. P. 78.I.122 ; 5 août 1875, D. P. 77.I.325 ; 23 août 1863, D. P. 63.I.348. — Pour les origines de cette jurisprudence, voir chapitre III, section I.

La même interprétation est admise en doctrine ; mais les auteurs ont coutume de la justifier non par l'article 631-1^o, mais par l'article 632 § 6 (2). Ils semblent se défier du mot « engagement » contenu dans le premier texte, et attribuent au contraire le sens le plus général au mot « obligations » contenu dans le second. Suivant eux, s'il faut admettre l'existence des délits, des quasi-délits, des quasi-contrats commerciaux, c'est parce que l'article 632 § 6 [qualifie actes de commerce « toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ». Il est pourtant facile d'observer que si on donne au second texte un sens si général, on lui fait répéter simplement le premier ; or est-il vraisemblable que dans deux textes voisins, les rédacteurs aient songé à exprimer exactement la même pensée ? En outre, pourquoi au milieu de cet article 632, dont toutes les dispositions sont spéciales, les rédacteurs du Code auraient-ils inséré une prescription de l'ordre le plus général ? Enfin, avec cette interprétation si large, comment peut-on expliquer qu'au milieu des actes qui sont commerciaux entre toutes personnes, il est à un endroit question d'actes qui ne le sont qu'entre commerçants ? Ces difficultés nous font préférer une autre interprétation avec laquelle les articles 631-1^o et 632 § 6 ne se répètent pas, et avec laquelle l'incohérence de rédaction de l'article 632 est atténuée et expliquée, sinon effacée.

(2) Lyon-Caen et Renault, I, 177 ; Thaller, *Traité élém.*, 55 in fine (M. Thaller invoque aussi le mot « engagements » de l'article 631-1^o).

— Parmi les auteurs qui, les premiers, ont admis que les textes ne se restreignaient pas aux obligations conventionnelles, Orillard raisonnait sur le mot « obligations » (*Traité de la compétence des tribunaux de commerce*, 184 et 200) ; Massé, au contraire, sur le mot « engagements » (*Droit commercial*, t. IV, n^o 2611).

A notre avis, le mot « obligations » de l'article 632 § 6, désigne simplement les effets de commerce. Diverses observations le prouvent. Que l'on parcoure les travaux préparatoires, on verra que dans toutes les rédactions qui ont précédé la rédaction définitive, il était question, à côté de la lettre de change qui fait l'objet actuel du paragraphe 7, du billet à ordre ; jamais on ne songea à traiter en cet endroit des créances et dettes en général (1). Qu'on se reporte au texte qui dans notre ancien droit réglait le régime des billets des négociants, c'est-à-dire à l'article 2 du titre XII de l'ordonnance de 1673 ; sa rédaction a évidemment guidé les rédacteurs du Code : « Les juges et consuls connaîtront de tous les billets de change faits entre négociants et marchands ou dont ils devront la valeur, et entre toutes personnes pour lettres de change ou remises d'argent faites de place en place. » La fin de l'article 632 suit ce texte pas à pas, sauf que le mot billets de change est remplacé par le mot « obligations ». Pourquoi cette modification, sinon pour éteindre une controverse qui divisait nos anciens auteurs au sujet de la nature de tous effets autres que les billets de change ? La pensée des rédacteurs du Code apparaît clairement : voulant affirmer la commercialité absolue de la lettre de change, ils ont voulu en même temps y opposer la commercialité relative des autres effets de commerce, tout en réservant le billet à ordre sur la nature duquel on n'était pas d'accord et qui fait

(1) Voir dans Loaré, *Législation de la France*, t. 20, la rédaction adoptée par le Conseil d'Etat le 26 février 1807 (p. 187 et 188) ; la rédaction proposée au même Conseil par Regnaud, d'après la communication au Tribunat, le 5 mai 1807 (p. 195 et 196). Il n'y eut plus d'autre rédaction avant celle qui devint le texte légal et qui fut adoptée par le Conseil d'Etat le 8 août 1807.

l'objet des articles 636 et 637. C'est une association d'idées assez naturelle et le désir de traiter en un même endroit, dans son ensemble, la question des effets de commerce qui ont amené dans l'article 632 la disposition du paragraphe 6, correspondant mal au reste du texte. L'examen des travaux préparatoires, la comparaison du texte actuel avec le texte ancien et la légitime préférence d'une interprétation qui donne une suite aux idées des rédacteurs du Code, nous forcent à reconnaître que le mot « obligations » de l'article 632 § 6 désigne simplement les effets de commerce (1).

Ce n'est donc point sur ce texte, mais sur l'article 631-1^o, qu'il faut s'appuyer pour justifier la singulière variété d'aspect des actes de commerce par relation. D'autant plus, que les auteurs qui semblent se défier de l'article 631-1^o en ne l'invoquant pas, n'expliquent pas les raisons de cette défiance (2).

(1) Nous pouvons faire observer aussi en faveur de notre interprétation, que le mot « obligations » fut souvent employé pour désigner les effets de commerce, au cours des discussions que souleva le billet à ordre. Voir notamment dans Locré, *Esprit du Code de commerce*, t. 4, sous l'article 637, un passage du discours de Maret et les observations de la Cour de Pau et du tribunal de Rouen (p. 186, 188, 189, 2^e édition).

Plusieurs auteurs ont d'ailleurs défendu cette interprétation ; notamment : Vincent, *Législ. commerc.*, I, p. 136 ; Bédarride, *De la Jurisdict. commerc.*, n^o 297 ; Beslay, *Des actes de commerce*, p. 118 et suiv. — Locré ne lui est pas défavorable ; il semble bien avoir pensé que le mot « obligations » de l'article 632 § 6 ne désigne que les écrits constatant des dettes (*op. cit.*, p. 117 sous l'art. 622).

(2) Les tribunaux pour justifier l'interprétation large n'ont jamais invoqué et n'invoquent encore que le mot « engagement » de l'article 631-1^o. Voir la jurisprudence citée en note au début de la présente section, et voir celle qui est citée au chapitre III, section II.

SECTION IV. — La commercialité des actes que visent les articles 634-1° et 632 § 6, est non personnelle mais réelle.

Vers la fin du précédent chapitre, en esquissant la théorie de l'accessoire d'après les données de la doctrine et de la jurisprudence contemporaines, nous avons opposé deux manières différentes de la concevoir entre lesquelles nous avons à choisir. Le principe essentiel de cette théorie, est que tout acte accompli par un commerçant accessoirement à son commerce, est commercial. Mais en est-il ainsi à raison de la qualité de l'agent, auquel cas notre théorie serait le pivot d'un système de commercialité personnelle ? ou bien en est-il ainsi, à raison du lien qui rattache l'acte à l'exploitation commerciale et seulement à raison de ce lien, auquel cas notre théorie serait le pivot d'un système de compétence réelle ?

Nous avons manifesté une certaine préférence pour cette seconde conception. Mais puisque, pour que nous lui reconnaissons une place légitime dans notre droit, la théorie de l'accessoire devra s'adapter au groupe d'actes de commerce que fondent, comme nous venons de le reconnaître les articles 634-1° et 632 § 6, notre choix entre les deux conceptions ne pourra en définitive dépendre que du système que créent les textes. C'est ainsi que nous sommes amené à examiner si la commercialité des actes que visent les articles 634-1° et 632 § 6, est personnelle ou réelle.

Question qui d'ailleurs semble tranchée d'avance, car, s'il n'est pas douteux, après notre discussion du système de M. Desjardins, que les articles 634-1° et 632 § 6 fon-

dent un groupe d'actes de commerce, est-il moins clair qu'en les écrivant les rédacteurs du Code aient été inspirés par la pensée de placer les commerçants comme tels sous la juridiction consulaire ? L'impression qu'a dû faire naître en ce sens tout notre commentaire, est encore fortifiée par les paroles que prononçait le conseiller d'Etat Maret, en présentant au Corps législatif le livre IV du Code de commerce. Cet orateur pour résumer le système établi disait : « La compétence des tribunaux de commerce a dû être déterminée soit par la nature de l'acte sur lequel il y aura contestation, soit par la qualité de la personne (1). » Les rédacteurs du Code ont certainement pensé établir une compétence personnelle.

Pourtant nous n'aurons pas à modifier en ce sens notre manière d'entendre la théorie de l'accessoire. La réalité de la loi doit en effet l'emporter sur les vues plus ou moins exactes qu'ont eues ses rédacteurs ; si nous montrons que ceux-ci, tout en croyant organiser une compétence personnelle, ont en réalité organisé une compétence matérielle, les textes ne devront plus nous être opposés et bien loin d'appuyer l'opinion de nos adversaires, c'est la nôtre qu'ils confirmeront (2).

Or, s'il est bien certain que les rédacteurs du Code ont à maintes reprises déclaré que pour déterminer la compé-

(1) Loqué, *Législation de la France*, t. 20, élément 23 du *Commentaire*, n° 6.

(2) Voir en ce sens : Carré, *Loi de l'organisation et de la compétence des juridictions*, t. II, article 384, p. 519 ; Vincent, *Législat. comm.*, p. 115 ; Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, t. VI, nos 2947 et 2948. — Le partage de la doctrine et de la jurisprudence, sur la question du caractère de la compétence fondée par l'article 631-1°, est indiqué au chapitre I^{er} pour l'époque actuelle, au chapitre III, section 3 *in fine*, pour le milieu et le début de ce siècle.

tence des tribunaux consulaires en dehors du cercle des actes de commerce par eux-mêmes, ils se guidaient sur la qualité de commerçant appartenant à l'agent, et s'il est bien certain que les articles 634-4° et 632 § 6 reflètent visiblement cette pensée, il n'est pas moins sûr, nous l'avons établi dans la section II du présent chapitre, que la seule qualité de commerçant n'a point paru suffisante aux rédacteurs du Code pour justifier la compétence commerciale. D'après le système qui résulte des textes et des restrictions qui y sont sous-entendues, l'acte accompli par un commerçant n'est commercial que s'il a été accompli à raison du négoce. La qualité de la personne n'est donc pas seule à influencer, les circonstances influent aussi et toute la question est de savoir si cette influence accordée aux faits permet encore de dire que la compétence est personnelle ; ou si au contraire en attribuant aux faits une influence, les rédacteurs du Code n'ont point, sans s'en douter d'ailleurs, retiré à la qualité de l'agent toute influence véritable.

Peut-on dire que les actes de commerce ainsi déterminés, le sont par la qualité de leur auteur ? Nous ne le pensons pas.

Si le Code ne sous-entendait aucune restriction, si tout acte, quel qu'il fût, accompli par un commerçant était commercial, il serait alors juste d'admettre des actes de commerce par la qualité de leur auteur. Mais puisque les rédacteurs du Code n'ont pas voulu que la qualité de commerçant couvrit la personne d'une manière absolue, puisqu'ils ont admis qu'à certains moments elle s'efface et laisse reparaitre chez l'agent le simple citoyen, puisqu'ils ont exigé que le juge contrôlât, quand il en est requis, l'existence de cette qualité et qu'ainsi la qualité de commerçant

dépend à tout instant du fait accompli, c'est rechercher à plaisir la complication que d'expliquer le caractère de l'acte par la qualité de la personne ; c'est dire : l'acte est commercial parce qu'il est accompli par un commerçant agissant comme tel, et le commerçant a agi comme tel parce que son acte se rapporte à son négoce. Ainsi la qualité de commerçant qui dépend de l'acte, qui le suit, est censée, par une fiction que nous ne comprenons pas, le couvrir et d'une certaine manière le précéder, puisqu'elle explique son caractère. Est-ce logique ? Le caractère de l'acte qui certainement lui appartient dès le principe, qui certainement ne peut lui venir après coup, dérive de la qualité de l'auteur qui elle-même dérive de l'acte.

On essaiera de revenir à plus de simplicité et de suite logique en observant, que les actes de commerce par la qualité de la personne sont une invention des interprètes, que les rédacteurs du Code en élaborant l'article 631-1^o, ont voulu placer les commerçants comme tels sous la juridiction consulaire. Et il est vrai, la citation empruntée plus haut au discours de Maret le montre bien, que lors des travaux préparatoires on ne songea pas à fonder la compétence sur deux catégories d'actes de commerce, déterminées l'une par la nature des actes, l'autre par la qualité de leur auteur ; on voulut établir la compétence sur deux bases différentes : les actes d'une part, les personnes d'autre part. Et on en conclura qu'il ne s'agit pas d'expliquer des actes par la qualité des personnes qui s'explique elle-même par les actes, mais qu'il s'agit simplement de vérifier par les actes l'existence de la qualité des personnes. Mais ainsi modifié, le système de la compétence personnelle n'évite notre critique qu'en apparence. En définitive, est-ce le commerçant ou bien ses actes qui sont jugés par le tribunal

de commerce, qui subissent le régime du droit commercial ? Il est clair que ce sont ses actes. Car ce que jugent les tribunaux, ce que règle la loi, ce sont les droits, les liens juridiques nés des actes ; les personnes n'ont à intervenir que parce que c'est en elles que ces droits se sont fixés. Dire que les commerçants sont soumis comme tels à la juridiction consulaire, c'est sous-entendre qu'il y a des actes de commerce déterminés par la qualité de la personne ; c'est cacher le défaut que nous relevions tout à l'heure dans le système de la compétence personnelle, ce n'est pas le corriger.

Analysons maintenant le mécanisme d'un procès introduit devant le tribunal de commerce à la faveur de l'article 631-1°, et nous verrons combien l'idée d'une compétence réelle explique simplement et facilement les choses.

Un négociant a acheté à un autre négociant des marchandises. Une discussion surgit entre eux sur le montant de la somme due, et le vendeur pour obtenir paiement se voit forcé d'assigner l'acheteur. S'appuyant sur notre texte, il saisit le tribunal de commerce. L'assigné alors, désirant pour une raison quelconque éviter la juridiction consulaire, soulève une exception d'incompétence : il invoque la restriction que le texte sous-entend, touchant les actes étrangers au négoce et prétend que l'achat a été fait pour son usage particulier. Le juge est ainsi amené à examiner le fait lui-même et ses circonstances : c'est du résultat de cet examen que dépend la solution de l'incident.

Mais alors, n'est-ce pas le fait qui en définitive règle la compétence ? Si l'acte est reconnu étranger au négoce, le juge doit se dessaisir et la qualité du défendeur est insuffisante pour fonder la commercialité. Si au contraire, l'acte est reconnu relatif au négoce, le juge doit garder la con-

naissance de l'affaire, mais ce n'est pas la qualité des personnes qui le veut ainsi, c'est la nature du litige. Disons donc que cette compétence établie sur les choses est réelle, et que la qualité du défendeur fonde simplement une présomption de commercialité.

Et remarquons immédiatement que nous ne revenons pas pour cela au système de M. Desjardins (1) qui réduisait la portée de l'article 631-1°, à fonder une présomption de commercialité. M. Desjardins ne reconnaissait qu'une seule catégorie d'actes de commerce, celle des actes qui sont commerciaux par eux-mêmes ; nous reconnaissons au contraire deux catégories, celle des actes de commerce par eux-mêmes et celle des actes de commerce par relation. Il en résulte, que la présomption de commercialité n'a pas pour nous le sens étroit que lui donnait M. Desjardins. D'après celui-ci, le négociant est présumé avoir accompli un acte spécifique de commerce, et l'adversaire pour renverser cette présomption doit simplement prouver que l'acte litigieux n'est pas commercial par lui-même. Suivant nous le négociant plus largement est présumé avoir agi pour son commerce et pour renverser cette présomption l'adversaire doit prouver que l'acte n'est commercial ni par lui-même ni par relation. Et cette divergence dérive directement de la manière différente dont nous interprétons l'article 631-1°. Suivant M. Desjardins, ce texte fonde simplement la présomption de commercialité ; suivant nous il fonde : sur la qualité des personnes cette présomption, sur le rapport qui rattache l'acte au commerce une commercialité secondaire, celle des actes de commerce par relation.

(1) Voir la section 2 du présent chapitre.

La commercialité que fonde l'article 631-4° est donc réelle, contrairement à ce que pensaient les rédacteurs du Code. Et de fait, à certains moments de la discussion, ceux-ci ont jusqu'à un certain point compris malgré leur erreur le rôle prédominant exercé par le litige lui-même. Rappelons le texte du projet présenté par la section de législation du Conseil d'État : « Les tribunaux de commerce connaîtront de tous les différends entre marchands et négociants pour fait de leur commerce. » A la séance du Conseil d'État du 8 novembre 1806, Bigot-Préameneu expliquant ce texte disait : « La section de législation n'entend point faire résulter la compétence de la qualité des personnes ; aucun article de son projet ne peut le faire supposer : elle a pris soin au contraire d'expliquer que la qualité de marchand ne doit avoir ici d'effet que par rapport aux actes de commerce (1). » Nous savons que les « actes de commerce » dont parle ici Bigot-Préameneu ne sont pas seulement ceux que vise l'article 631-3°, mais plus généralement tous les actes qui se rattachent au commerce. Ce que nous voulons faire observer, c'est cette façon de dire : « fait de leur commerce, acte de commerce ». Il est clair que la section de législation et Bigot-Préameneu voyaient dans la manière d'être des faits le principe de leur qualification.

C'est un fait cependant qu'en dehors de ces quelques cas où la vérité fut aperçue, les rédacteurs du Code en définitive crurent établir la compétence sur la qualité des personnes. Et on peut invoquer ce fait pour opposer à

(1) Voir le texte du projet et les paroles de Bigot-Préameneu dans Locré, *Législat. de la France*, t. 20, élément 9 du *Commentaire*, p. 88 et 95. Rappelons que la section de législation défendait le projet de compétence personnelle.

l'idée d'une compétence réelle, celle d'une compétence mixte qui paraît mieux concilier l'intention des rédacteurs avec la réalité des textes. Puisque d'une part les rédacteurs du Code entendaient se guider sur la qualité de l'agent, que d'autre part le fait influe d'une manière plus indépendante qu'ils ne le croyaient, le mieux est de rapprocher ces deux éléments distincts sans les subordonner l'un à l'autre. Pour que l'acte soit commercial, il faut : 1° que l'agent soit commerçant ; 2° que l'acte se rattache à son commerce. En énonçant ainsi les conditions de la commercialité, on évite l'imbroglio que comporte la notion de compétence personnelle et on reste dans l'esprit de la loi.

Cette dernière proposition qui est l'appui du système est-elle bien sûre ? Avec cette notion d'une compétence mixte, la qualité de commerçant est exigée chez l'agent pour que la commercialité de l'acte soit reconnue. Il nous semble que cela modifie singulièrement l'intention des rédacteurs du Code. Si ceux-ci ont voulu faire de la qualité de négociant le pivot de la commercialité, c'est qu'ils croyaient par ce moyen atteindre tous les actes qu'il est bon de soumettre au régime commercial. Jamais il n'est entré dans leur pensée de considérer cette qualité de commerçant comme une condition secondaire mais rigoureuse de la commercialité, comme un moyen de restreindre la compétence consulaire. Et placés à un tel point de vue, si les rédacteurs du Code qui pensaient établir une compétence personnelle avaient vu qu'en la restreignant par une certaine considération du fait, ils la compromettraient, auraient-ils adopté alors la notion bâtarde de la compétence mixte ? N'auraient-ils pas plutôt adopté la notion de la compétence réelle ?

Il serait d'autant plus arbitraire d'exiger d'une façon absolue la qualité de commerçant chez l'auteur de l'acte, de manière à en tirer une restriction à la compétence des tribunaux consulaires et de présenter ce système comme imposé par la volonté des rédacteurs du Code, que dans un cas particulier ceux-ci ont reconnu la commercialité sans accorder aucune influence à la qualité de la personne. Ce cas particulier est réglé par l'article 636. « Lorsque les lettres de change, dit ce texte, ne seront réputées que simples promesses aux termes de l'article 112 ou lorsque les billets à ordre ne porteront que des signatures d'individus non négociants et n'auront pas pour occasion des opérations de commerce le tribunal de commerce sera tenu de renvoyer au tribunal civil. » Donc, quand une lettre de change, réputée simple promesse ou quand un billet à ordre « a pour occasion des opérations de commerce » le procès soulevé par cet effet de commerce ne peut être renvoyé au tribunal civil ; il est commercial ; et cela même si le signataire n'est pas commerçant, puisque le texte distingue, pour les soumettre cependant au même régime, les effets signés par des négociants et ceux qui ont simplement « pour occasion des opérations de commerce ».

Sans doute cet article 636, fruit des discussions prolongées et toutes spéciales que souleva la question du billet à ordre, n'a pas été considéré par les rédacteurs du Code comme une application de l'article 631-1°. Mais si ces mêmes rédacteurs avaient eu la pensée en écrivant l'article 631-1° d'ériger la qualité de commerçant non seulement en un fondement de la compétence consulaire, mais aussi en une condition restrictive de cette compétence, auraient-ils négligé en écrivant l'article 636 d'appliquer cette restriction au billet à ordre qu'ils refusaient de reconnaître comme commercial par lui-même ?

Il faut savoir d'ailleurs quels inconvénients résultent de la croyance à une compétence personnelle ou à une compétence mixte, à une compétence où la qualité de la personne joue un rôle indispensable. Ces inconvénients sont graves.

Ainsi les textes, c'est un point que nous n'avons pas encore observé, parlent non d'engagements, d'obligations contractées *par* des commerçants, mais d'engagements, transactions, obligations « *entre* négociants, marchands et banquiers ». Pris à la lettre, ils semblent bien exiger la qualité de commerçant chez les deux parties. Il est pourtant depuis longtemps admis, en doctrine et en jurisprudence, que cette qualité n'est requise que chez le défendeur (1). L'inconvénient des doctrines que nous repoussons est de compromettre cette interprétation. Si en effet la qualité de commerçant est le fondement et la condition de la commercialité, le législateur a pu, sans que la raison trouve rien à y redire, exiger cette qualité chez les deux parties.

On dira que la qualité du demandeur n'a pas pu influencer sur l'acte du défendeur ; qu'un achat de fourrages par exemple ne change pas de caractère suivant qu'il est con-

(1) Lyon-Caen et Renault, I, 173 ; Thaller, *Traité élémentaire*, 54. Les tribunaux ne se préoccupent jamais de la qualité du demandeur, sauf parfois et d'ailleurs à tort pour les quasi-délits commerciaux (voir chapitre IV, section 3, § 3). Pourtant le 4 février 1886, la Cour de Paris (S. 87. II. 124) a exigé à propos d'un contrat que les deux parties fussent commerçantes. M. Lyon-Caen a publié sous cet arrêt une note dans laquelle il le critique à ce point de vue en s'inspirant du reste de l'idée de compétence réelle, puisqu'il observe que l'acte de commerce par relation est tel « à raison de ses liens avec la profession de l'une des parties ». Au chapitre III, section 1 nous citons les arrêts et les auteurs qui ont assuré l'interprétation large de l'expression « *entre négociants* ».

tracté avec un marchand ou avec un cultivateur. C'est admettre qu'il faut interpréter les textes d'après la réalité ; or qu'on envisage les choses dans la réalité, on verra que la qualité du défendeur n'est point non plus la cause du caractère commercial de ses actes, que cette cause est simplement le lien qui rattache ses actes à son entreprise, que sa qualité de commerçant fait simplement pressentir qu'il a agi pour son commerce, fonde simplement la présomption de commercialité. Ainsi pour interpréter les textes dans le sens qu'exige la pratique, il faut admettre au moins implicitement l'idée d'une compétence réelle qui fournit un bon argument en faveur de cette interprétation, tandis que l'idée d'une compétence personnelle lui suscite un obstacle.

Il est vrai qu'on peut invoquer d'autres motifs pour montrer que l'expression « entre négociants » ne doit pas être prise à la lettre. Quelques paroles prononcées au Conseil d'Etat par Crétet qui combattait la compétence personnelle semblent indiquer que les partisans de celle-ci n'exigeaient pas la qualité de négociant chez les deux parties : « On ne doit pas, disait-il, faire une classe particulière de justiciables, mais faire juger commercialement tout ce qui est affaire de commerce, sans examiner si les parties ou *l'une d'elles* font ou ne font pas habituellement la profession de négociant (1). » De même, l'article 638 § 2 qui établit la présomption de commercialité pour le cas particulier des effets de commerce, ne vise que la qualité du signataire : « Les billets souscrits par un commerçant seront censés faits pour son commerce. » Ces arguments ont leur valeur. Mais à eux seuls suffiraient-ils à corriger

(1) Loaré, *Législation de la France*, tome 20, élément 9 du commentaire, p. 94 (séance du Conseil d'Etat du 8 novembre 1806).

les articles 632-1° et 632 § 6, si on se tenait rigoureusement à l'idée d'une compétence fondée sur la qualité des personnes ?

La doctrine de la compétence personnelle ou mixte a aussi l'inconvénient d'empêcher d'admettre la commercialité des actes qui se rapportent à un commerce futur ; des actes qui sont accomplis par un individu qui n'a pas encore la qualité de commerçant, par exemple des achats de machines et de matériel faits pour organiser un établissement industriel. Nous verrons plus loin (1) qu'à l'heure présente, on tend à reconnaître le caractère commercial de ces actes et qu'il y a de bonnes raisons pour cela. La doctrine de la compétence réelle au contraire mène directement à reconnaître la commercialité de ces actes. Si en effet les actes qu'accomplissent les commerçants sont commerciaux simplement parce qu'ils se rattachent au commerce, c'est interpréter sainement la loi, c'est en tirer toutes les conséquences qu'elle comporte, que de déclarer commercial tout acte qui se rattache à un commerce, quelle que soit la qualité de l'agent. Les textes doivent être considérés comme statuant seulement *de eo quod plerumque fit*.

Au sortir de cette longue discussion, il est bon de rassembler les résultats acquis.

Notre dessein était de voir si la théorie de l'accessoire se justifie par les textes. Nous avons établi d'abord que les rédacteurs du Code n'avaient point songé à elle et qu'en ce sens, elle ne se trouve pas dans la loi. Ensuite, comme

(1) Voir chapitre IV, section 5. — Nous apprécierons également en cet endroit les efforts que font les partisans de la compétence personnelle pour attribuer cependant le caractère commercial aux actes qui se rapportent à un commerce futur.

on s'accorde à la rattacher aux articles 631-1° et 632 § 6, nous avons étudié ces textes et en les commentant, nous sommes arrivé aux conclusions suivantes : 1° l'article 631-1°, confirmé en un certain sens que nous avons précisé par l'article 632 § 6, fonde véritablement, à côté des actes qui sont commerciaux par eux-mêmes, un second groupe très large d'actes de commerce ; 2° Il le fonde, en dépit d'une apparence que nous avons dissipée, non sur la considération de la qualité des personnes, mais sur celle des choses ; la qualité de commerçant, qui d'ailleurs ne doit être exigée que chez le défendeur, crée simplement une présomption de commercialité.

Si donc les textes ne donnent pas la théorie de l'accessoire, tout au moins ils semblent bien lui offrir un point d'appui. Ils établissent un groupe secondaire d'actes de commerce, mais d'un aspect confus et mal défini. Que la théorie de l'accessoire jette la lumière sur ces actes, qu'elle les explique et les coordonne, tout en restant d'accord avec le système de compétence réelle qu'impliquent les textes, elle apparaîtra alors comme le complément logique des textes et sera justifiée. La suite de notre étude est dès lors toute indiquée : elle se résume dans la question suivante : comment la théorie de l'accessoire s'adapte-t-elle au groupe d'actes de commerce que crée l'article 631-1° ?

CHAPITRE III

FORMATION HISTORIQUE DE LA THÉORIE DE L'ACCESSOIRE.

Comme l'indique la rubrique de ce chapitre III, avant de voir comment la théorie de l'accessoire s'adapte logiquement aux articles 631-1^o et 632 § 6, nous allons rechercher comment elle s'y est adaptée historiquement. Nous n'avons pas à montrer l'utilité de cette étude : les recherches historiques sont toujours intéressantes par elles-mêmes ; elles répondent à une curiosité naturelle de l'esprit. Mais on pourrait se demander si un tel travail est opportun ici ; si nous faisons bien de reculer l'épreuve de l'examen rationnel qu'exige la théorie de l'accessoire ; et pour cette raison nous devons expliquer notre méthode.

Le chapitre précédent dont l'objet était de reconnaître quel appui la théorie trouve dans les textes, nous a fait constater que lors de la rédaction du Code elle n'existait pas, et que la loi lui fournissait simplement une matière dont elle semble être la forme et l'organisation. Mais avant d'examiner si cette organisation est logique et harmonieuse, n'est-il pas raisonnable d'en rechercher l'origine et l'histoire ? Le chapitre précédent nous a ramené à presque un siècle en arrière et nous a mis en présence de dispositions législatives vagues et fort peu claires ; nous pourrions contrôler immédiatement avec le seul aide de la raison si l'éclaircissement qu'on y ajoute aujourd'hui est bien celui qui convient. Mais nous évitons ce saut brusque

d'un état très imparfait du droit à un état plus parfait si nous suivons la succession des phases intermédiaires pour arriver jusqu'à la dernière. Notre méthode est toute naturelle.

Elle a d'autres avantages.

D'abord l'historique de la théorie de l'accessoire nous la fera certainement mieux connaître en elle-même ; il nous montrera son esprit, son utilité, sa portée ; il nous préservera de la mal comprendre et sera ainsi une excellente préparation de l'examen critique qui sera fait au chapitre suivant.

En second lieu, comme la théorie de l'accessoire n'est pas née d'un seul effort et qu'aucun jurisconsulte n'y a attaché son nom, les diverses notions et les principes qui la composent nous apparaîtront sans doute un à un, comme ils ont dû surgir.

L'analyse qui est le préliminaire indispensable de tout jugement sain sera ainsi toute préparée ; nous pourrons même dès ce chapitre ébaucher quelques appréciations qui ajouteront à l'étude historique l'intérêt que comporte la critique des faits.

Enfin par elle-même l'histoire de la théorie de l'accessoire peut être un argument en sa faveur. Si nous ne rencontrons dans les diverses étapes de sa formation aucun arrêt ni aucune secousse, si nous assistons au contraire à un développement lent et progressif, à une sorte d'évolution, ne devons-nous pas croire que ce travail prudent de la pensée a eu pour guide une sagesse profonde, celle du sens commun ? Et pourrons-nous sérieusement mettre sa valeur en doute ?

C'est donc avec l'espoir d'un riche profit scientifique que nous nous reportons au début de ce siècle pour obser-

ver les premiers tâtonnements des commentateurs du Code. La suite des événements nous conduira jusqu'à nos jours.

SECTION I. — Les premiers essais d'interprétation
des textes et leur résultat.

La teneur du précédent chapitre nous fait deviner quelles difficultés soulevèrent dès le principe les articles 631-1° et 632 § 6. « Les tribunaux de commerce connaîtront, 1° des contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers. » — « La loi répute actes de commerce : toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ». Quelle était l'exacte portée de ces textes ? N'établissaient-ils la compétence que pour les actes intervenus entre deux commerçants, ou bien la qualité de commerçants ne devait-elle être exigée que chez l'une des parties ? D'autre part, n'y avait-il aucune distinction à faire parmi les actes ? Fallait-il leur reconnaître à tous le caractère commercial sauf aux achats de denrées pour l'usage particulier que l'article 638 désignait expressément comme civils ? Ces deux problèmes furent examinés très tôt.

Le premier cependant, celui que soulevaient les mots « entre négociants » employés sans intention, nous l'avons vu (1), par les rédacteurs du Code, ne fut traité expressément ni par Loqué, ni par Pardessus. Tout au plus on peut dire, d'après certaines de leurs expressions, qu'ils ne songeaient guère à rechercher la qualité de commerçant que chez celui « qui s'obligeait » (2). Carré au contraire posa

(1) Chapitre II, section 4, *in fine*.

(2) Loqué, *Esprit du Code de commerce*, t. IV, sous l'article 631, p. 94 ; Pardessus, *Cours de Droit com.*, t. I, 49.

nettement la question et fut d'avis qu'il fallait prendre le texte à la lettre, exiger cette qualité chez les deux contractants (1).

Il ne fut pas suivi ; les tribunaux décidèrent (2) bientôt que la profession du créancier était indifférente et ils entraînèrent la doctrine (3). On comprendrait pourtant qu'il y eût eu une résistance. Sauf Carré en effet, tous les auteurs que rien encore ne mettait en défiance, répétaient sans hésitation que l'article 634-1^o fondait la compétence sur la qualité des personnes. Pouvait-on savoir alors si le législateur n'exigeait pas cette qualité chez les deux parties ? Ce n'eût pas été illogique (4). Sans doute les travaux préparatoires et la rédaction de l'article 638 § 2, pouvaient appuyer l'interprétation libérale lancée par la jurisprudence ; mais ce n'était pas sur cela qu'on se guidait : le grand argument était que la profession du créancier ne peut influer sur la nature du fait. C'était admettre que le

(1) Carré, *Lois de l'organisation et de la compétence des juridictions civiles*, II, articles 384 et 385, alinéa 6. L'opinion de Carré s'explique d'autant moins que le même auteur repoussait franchement l'idée d'une compétence personnelle et qu'il prétendait avec raison que le système du Code est au fond un système de compétence réelle. Pourquoi alors subordonner la compétence à la qualité des personnes, surtout à celle des créanciers ? L'interprétation stricte de Carré fut approuvée au *Répertoire* de Dalloz, v^o *Acte de commerce*, n^o 376.

(2) Douai, 7 février 1825 ; Paris, 6 août 1829 et 27 novembre 1841 ; Req., 6 juillet 1836 ; — Voir ces arrêts au *Répertoire* de Dalloz, v^o *Acte de commerce*, n^{os} 377, 378 et 379 et les notes. Adde comme arrêt plus récent : Colmar, 28 novembre 1849, S. 51.II. 331.

(3) Bravard, *Manuel*, sous la rubrique : *Compétence personnelle* (cet ouvrage est de 1838) ; Orillard, *De la compétence des tribunaux de commerce*, 217-219 (ouvrage de 1841) ; Nouguié, *Des tribunaux de commerce, des commerçants et des actes de commerce*, I, chap. VIII, § 3 (ouvrage de 1844).

(4) Voir chapitre II, section 4, *in fine*.

fait seul importait, que la compétence était réelle. En vérité on parlait de compétence personnelle et on pensait à une compétence réelle.

Le second problème, celui qui tendait à savoir si la généralité des textes n'appelait aucune restriction, fut en un sens résolu plus vite encore que le précédent. On vit dès les premiers jours que dans la vie juridique du négociant, entre les actes de commerce par eux-mêmes et les achats de denrées pour l'usage particulier, il y a place encore pour beaucoup d'actes qui ne peuvent être déclarés commerciaux à peine d'absurdité : tels sont par exemple les partages de succession, les conventions matrimoniales, etc. On comprit que les articles 631-1^o et 632 § 6 cachaient sous la largeur de leurs expressions une grave restriction sous-entendue et on formula cette restriction. Nous connaissons déjà l'idée de Locré sur ce point : il faut que l'engagement soit à raison du commerce (1). Pardessus de son côté disait : « Cette présomption (celle que fonde l'article 631-1^o) cesse encore dans tous les cas où le fond même et l'objet de la négociation annoncent qu'elle est étrangère au commerce (2). » D'ailleurs personne n'eut l'idée d'aggraver la restriction comme le fit plus tard M. Desjardins ; on se garda bien de l'étendre au point d'y comprendre tout acte qui ne fût pas commercial par lui-même. Carré s'exprime sur ce point avec une netteté admirable : « Lorsque la contestation existe entre les personnes dont la loi parle, les tribunaux de commerce sont compétents, lorsqu'elle n'aurait pas pour objet un acte réputé commercial ; il suffit que cet acte ait rapport à leur commerce (3). »

(1) Voir chapitre II, section 2.

(2) *Cours*, I, 52.

(3) *Op. cit.*, II, article 384.

La question que soulevaient les textes était donc tranchée ; mais la réponse créait une difficulté nouvelle. Quand donc un acte avait-il « rapport au commerce » ? Comment reconnaître dans les mille opérations qu'accomplit un négociant celles qui sont étrangères à son négoce et celles qui y sont relatives ? Il y avait là de quoi embarrasser les plus sagaces, la loi ne fournissant aucune indication et c'est à l'effort prolongé qu'on fit pour sortir de cette ignorance que la théorie de l'accessoire dut de naître.

On commença, cela va sans dire, par donner des solutions d'espèces, c'était le procédé le plus sage, le seul possible d'ailleurs ; avant de généraliser, il faut recueillir des éléments de généralisation, Pardessus indiqua plusieurs exemples excellents ; il déclara commerciaux : les achats de registres, papiers ou autres fournitures de bureau par un banquier ; les achats de poids, balances et autres instruments par un détaillant ; les achats de machines par un manufacturier. Par contre, il eut l'idée malheureuse de présenter comme un achat pour revendre la commande de bois et de charbon faite par un distillateur pour préparer ses produits : « Ce serait, disait-il, abuser de la rigueur des mots que de dire que ce distillateur ne vend pas ce charbon, ce bois en tout ou en partie, après l'avoir travaillé ; sans cet emploi, il n'aurait pu fabriquer les liqueurs qu'il vend. » Certes, la compétence consulaire convenait fort bien à cette hypothèse ; mais comment Pardessus la justifiait-il ? En faussant par une subtilité la notion de l'achat pour revendre et en effaçant dans un cas qui aurait dû servir de modèle, la distinction qui sépare l'acte de commerce par lui-même de l'acte de commerce par relation. Merlin tomba dans la même erreur et reproduisit sur cette question l'opinion

de Pardessus. Il méconnut d'ailleurs dans une autre espèce le fait de la relation avec le négoce et son influence, puisqu'il déclare purement civil l'achat que fait un artisan ou un manufacturier des outils nécessaires à l'exercice de la profession (1).

En somme, si par certaines indications la doctrine pouvait aider à la découverte du vrai critérium, par d'autres, elle tendait à la retarder singulièrement. Les tribunaux ayant à examiner un plus grand nombre de cas particuliers et guidés par leur sens pratique semblent avoir mieux assuré les bases d'une généralisation juste. Beaucoup de leurs décisions étaient exactes. Ainsi ils déclaraient commerciaux : l'achat de charbon par un maréchal-ferrant, l'achat d'huile par un limonadier pour l'éclairage de son établissement, l'achat de bois pour une manufacture de porcelaine, l'achat de ferrements par un entrepreneur de travaux publics, le mandat ayant pour objet des opérations de commerce, le dépôt des marchandises effectué par un commerçant, etc. Certains arrêts, malheureusement, contrariaient ces décisions dans lesquelles d'ailleurs aucun principe n'était formulé (2).

Sur un point cependant les solutions d'espèces prenaient forcément une portée générale. Devait-on appliquer l'article 631-1° aux quasi-contrats, aux délits et aux quasi-délits ? Que visait le texte par ces mots « engagements et transactions » entre commerçants ? Visait-il simplement les contrats ? ou bien toutes les sources d'o-

(1) Pardessus, *Cours*, I, 17 et 51 ; Merlin, *Questions de droit*, v° *Acte de commerce*, § 2, 1° et 2°.

(2) Voir ces arrêts au *Répertoire* de Dalloz, v° *Acte de commerce*, 314 et suiv.

bligations (1) ? Evidemment tout jugement ou arrêt reconnaissant la commercialité de quelqu'un de ces « simples faits » (nous opposons cette expression à celle des contrats) affirmait implicitement le principe de l'interprétation large. Ce progrès se réalisa bientôt. Dès 1828, le tribunal de commerce de Paris et la Cour de Montpellier (2) proclamaient la compétence consulaire l'un sur le délit qu'avait commis un commerçant en embauchant irrégulièrement un ouvrier d'un autre patron, l'autre sur le quasi-délit qu'avait commis un voiturier en mêlant des objets de contrebande aux marchandises qui lui avaient été confiées et en occasionnant ainsi une saisie préjudiciable à l'expéditeur. La Cour de Grenoble (3) se prononça peu après dans le même sens pour l'abordage en rivière entre bateaux marchands. L'article 631-1° ne visait donc pas seulement les contrats ; le mot « engagements » y était pris dans son acception la plus large, désignant tout ce qui engage, tout ce qui oblige. A partir de 1840 les décisions du même genre sont assez nombreuses pour que cette interprétation paraisse bien fixée en jurisprudence (4).

Pourtant les auteurs n'avaient point guidé les tribunaux ; ils leur proposaient même une opinion toute con-

(1) Nous avons examiné cette question au point de vue dogmatique au chapitre II, section 3.

(2) Montpellier, 12 juillet 1828, *Répert.* de Dalloz, v° *Acte de commerce*, 359 ; Tribunal de commerce de Paris, 22 septembre 1828, *Répert.* de Dalloz, v° *Compétence commerciale*, 127.

(3) Grenoble, 5 janvier 1834, *Répert.* de Dalloz, v° *Acte de commerce*, 354.

(4) Cass., 13 décembre 1842, D. 43.I.15 ; Req., 26 février 1845, D. P. 45.I.191 ; Rouen, 13 avril 1853, D. P. 53.II.114 ; *Contrà*, Montpellier, 15 mai 1847, D. P. 47.II.155. — Voir la jurisprudence récente au chapitre II, section 3.

traire. Pardessus et Carré, ce dernier avec une grande fermeté, prétendaient que le mot « engagements » de l'article 631-1^o désignait uniquement les engagements conventionnels (1). Cette doctrine était difficile à défendre. Il eût fallu montrer d'abord que dans ce texte le mot « engagements » ne peut être pris dans son sens large ; ensuite établir positivement qu'il s'applique uniquement aux conventions. Ce mot en effet n'a pas de sens restreint spécial et il est parfois justement employé pour désigner les obligations qui naissent sans convention ; la rubrique du titre IV, livre III du Code civil en offre une excellente preuve. Faute de cette démonstration que Pardessus et Carré n'esquissaient même pas, l'interprétation la plus large s'imposait et la Cour de Grenoble dans l'arrêt mentionné plus haut le fit fort bien entendre : « L'article 631 du Code de commerce, disait-elle, attribue aux tribunaux de commerce toutes les contestations relatives aux engagements entre négociants et le législateur n'a fait ni dû faire aucune distinction entre l'engagement purement volontaire et celui qui résulte des dispositions de la loi. » En 1841, M. Orillard, dans son traité sur la Compétence des tribunaux de commerce, enseigna cette idée nouvelle et l'ancienne doctrine ne reparut depuis dans aucun ouvrage (2).

Mais cette solution faisait naître au sujet des quasi-contrats, délits, etc., un problème analogue à celui qui se

(1) Pardessus, *Cours*, I, 53 ; Carré, *op. cit.*, article 385, alinéa 6. Ces auteurs furent suivis par Devilleneuve et Massé, *Dictionnaire du contentieux commercial*, v^o *Acte de commerce*, 154 ; par Bioche et Goujet, *Dictionnaire de procédure civile et commerciale*, v^o *Acte de commerce*, 14.

(2) Orillard, *op. cit.*, 184 et 200 ; à sa suite Massé, *Droit commercial*, IV, 2611-2614 ; Nougier, *op. cit.*, I, 746.

posait au sujet des contrats. Sans aucun doute, en effet, si on étendait la compétence commerciale aux faits autres que les contrats, c'était avec la restriction que ceux-ci eux-mêmes subissaient, c'était à condition que ces faits ne fussent pas étrangers au négoce. Et comment reconnaître si cette condition était satisfaite ? où trouver un critérium ? La doctrine sur ce point encore resta en arrière ; elle suivit la jurisprudence beaucoup plus qu'elle ne la guida. M. Orillard se contenta de dire qu'en thèse générale les délits et quasi-délits sont civils, qu'ils ne peuvent relever qu'exceptionnellement de la juridiction consulaire ; il n'essaya pas de définir les exceptions. Vingt ans plus tard, M. Bédarride, dans son livre sur la juridiction commerciale n'en disait pas davantage (1). Les tribunaux ne purent donc suivre que leur inspiration pour trancher les questions qui leur étaient soumises.

Sur les quasi-contrats, ils ne rendirent que des décisions d'espèces : ils eurent à qualifier la réception de l'indû occasionnée par des affaires de négoce, mais ne purent s'entendre sur le caractère de ce fait (2). Les délits furent examinés aussi sans méthode : la concurrence déloyale, l'usurpation de nom ou d'enseigne, la violation de monopole furent attribués à la connaissance des juges consulaires (3) ; il se forma ainsi comme une nomenclature des délits commerciaux ; mais aucune idée générale ne fut dégagée.

(1) Orillard, *op. cit.*, 203 ; Bédarride, *De la juridiction commerciale*, 186 et 187.

(2) *Répertoire* de Dalloz, v° *Compétence commerciale*, 115 et 232. — La gestion d'affaire ne semble pas avoir soulevé de procès de compétence ; les auteurs lui assignaient le caractère commercial quand elle portait sur des affaires de négoce ; voir Orillard, 199.

(3) Cass., 13 décembre 1842, D. 43.I.15 ; Req., 26 février 1845, D. P. 45.I.191 ; Bordeaux, 23 août 1851, D. P. 54.V.162.

Tout au contraire, les quasi-délits inspirèrent presque immédiatement certains principes. Sans doute, la variété infinie de ces faits qui empêchait d'espérer pour eux comme pour les délits une nomenclature des types commerciaux, amena les tribunaux à chercher dans des règles un peu de stabilité. Mais on fut loin de s'accorder et deux courants tout opposés divisèrent la jurisprudence.

Le premier de ces courants est formé d'une série d'arrêts et de jugements qui rejettent absolument l'idée des quasi-délits commerciaux (1). Sans doute l'article 634-1° est très large et virtuellement vise toutes les catégories possibles d'obligations ; mais cela ne dispense pas le juge d'avoir à vérifier si l'engagement est à raison du négoce. Or jamais un quasi-délit ne peut être à raison du négoce ; son caractère anormal, son caractère illicite le place en dehors de tout exercice régulier d'une profession et s'il oblige un individu, c'est en tant que simple citoyen et non en tant que commerçant. De telles raisons compromettaient du même coup l'existence des délits commerciaux ; mais les quasi-contrats restaient hors d'atteinte. Nous ne voulons pas d'ailleurs faire ici la critique de cette opinion ; une meilleure occasion nous sera offerte pour cela plus tard. Notons simplement ici qu'aujourd'hui encore elle compte des partisans (2), mais qu'ils sont écrasés par une énorme majorité d'adversaires.

(1) Trib. civ. Alger, 31 mai 1843, D. P. 54.II.162 ; Paris, 10 février 1845, D. P. 45.IV.102 ; Lyon, 6 mars 1855, D. P. 56. V. 93 ; Lyon, 2 août 1855, S. 55.II.711 ; Toulouse, 9 mars 1863, D. P. 63.V.81 ; Caen, 15 juillet 1884, S. 85.II.149. Il faut bien noter que ces arrêts ne reviennent pas à l'interprétation étroite de l'article 634-1°. Le dernier est très clair en ce sens.

(2) Notamment Appert, *Des actes de commerce terrestre*, p. 313 et suiv.

L'autre courant de jurisprudence prit naissance dans l'arrêt de Montpellier (12 juillet 1828) que nous avons déjà cité. Il s'inspirait d'une opinion moyenne admettant les quasi-délits commerciaux, mais sous des conditions fort strictes ; suivant cette opinion : un quasi-délit n'était commercial que lorsqu'il avait été commis à l'occasion de rapports commerciaux préexistant entre les parties. L'espèce jugée par la Cour de Montpellier répondait fort bien à cette règle ; c'était nous l'avons déjà dit, le cas d'un voiturier qui ayant mêlé aux marchandises qu'il transportait des objets de contrebande, avait occasionné par là une saisie préjudiciable à l'expéditeur ; le dommage avait été causé pendant l'exécution d'un contrat et par l'un des contractants envers l'autre ; il était enchevêtré dans des affaires de négoce. Donc à la fois on admettait l'existence de quasi-délits commerciaux et on indiquait un critérium pour les reconnaître. Ce système eut longtemps la vogue ; dans un arrêt rendu le 22 décembre 1873 la Cour de Paris l'appliquait encore (1).

Il a été depuis abandonné, et celui qui le remplace était déjà contenu en germe dans d'anciennes décisions. Sur un point, en effet, on entendait plus largement la commercialité du quasi-délit ; l'abordage fluvial était soumis à la compétence consulaire lorsqu'il se produisait entre bateaux marchands affectés au moment de l'accident à des transports commerciaux (2). En pareil cas pourtant, les parties

(1) D. P. 74.II.147. Peu de temps auparavant : Lyon, 27 avril 1871, D. P. 71.II.87. — Comme arrêt soigneusement motivé en ce sens : Rouen, 13 avril 1853, D. P. 53.II.114. — Dans un arrêt récent la Cour de Bordeaux est retournée à cette ancienne jurisprudence ; mais elle n'a guère de chance d'être suivie. Voir sur ce point au chapitre suivant, section 3, § 3.

(2) Grenoble, 5 janvier 1834 précité ; Cass., 24 août 1863, D. P. 63.I.348.

n'étaient pas rapprochées d'avance l'une de l'autre par des relations commerciales. Le quasi-délit était simplement commis dans l'exercice du commerce et cette circonstance paraissait suffisante pour justifier la compétence des juges consulaires. Cette idée triomphe aujourd'hui ; acceptée d'abord dans ce cas pour une simple raison d'analogie avec l'abordage maritime, elle s'est répandue depuis 1870 (1) grâce à la théorie de l'accessoire dont elle n'est en somme que l'application aux quasi-délits. Mais ce n'est pas en cherchant à corriger le premier critérium admis, celui qui exigeait la circonstance rare de rapports commerciaux préexistants entre l'auteur du dommage et la victime, qu'on est arrivé à l'idée d'accessoire. Celle-ci fut suggérée par les contrats et transportée ensuite dans la matière confusè que formaient les autres sources d'obligations.

La suite de cette étude va le montrer, car c'est en revenant aux contrats que nous allons voir naître et se développer la théorie de l'accessoire.

SECTION II. — Apparition de la théorie de l'accessoire.

Nous avons vu que pendant la première période qui suivit la promulgation du Code de commerce, pour déterminer les contrats auxquels devait s'appliquer l'article 634-1^o on se contenta de solutions d'espèces et on ne fixa aucune règle.

Mais en 1838, M. Bravard-Veyrières publiait un manuel

(1) Les premiers arrêts en ce sens sont en effet : Limoges, 9 mars 1872, D. P. 72.II.141 ; Paris, 18 février 1874, D. P. 75.II.223 ; Req., 1^{er} avril 1874, D. P. 75.I.466. — Voir la jurisprudence plus récente au chapitre IV, section 3, § 3.

de droit commercial dans lequel, sous la rubrique *Compétence personnelle*, nous trouvons une formule qui semble bien avoir été la première affirmation du principe contenu dans la théorie de l'accessoire.

L'auteur en ce passage précise les cas où les négociants, marchands et banquiers agissent comme tels et il le fait dans les termes suivants : « les obligations des commerçants ne sont actes de commerce qu'autant qu'elles sont contractées pour des causes relatives à leur commerce, *qu'elles en sont un accessoire* ; mais aussi alors il n'est pas nécessaire qu'elles soient comprises dans la nomenclature des actes réputés commerciaux en eux-mêmes. »

Aucune explication n'accompagne cette formule et il est difficile de savoir jusqu'à quel point M. Bravard a vu qu'il innovait. Mais à coup sûr il réalisait un progrès considérable ; il indiquait le critérium à l'aide duquel on pourrait désormais débrouiller dans la vie juridique du négociant les actes commerciaux et les actes purement civils et appliquer non d'instinct mais avec intelligence la restriction cachée sous l'article 631-1°. Qu'un acte soit l'accessoire de l'exploitation commerciale, c'est-à-dire qu'il se présente vis-à-vis d'elle dans une situation de dépendance logique, alors il n'est pas étranger au négoce et par suite relève de la compétence consulaire en vertu de l'article 631-1°. Qu'un acte au contraire soit indépendant à l'égard de l'exploitation commerciale il est alors étranger au négoce et reste civil. C'est cette idée de dépendance contenue dans le mot *accessoire* qui fait toute la richesse du texte de Bravard. C'est elle que cet auteur a ajoutée à la doctrine de ses devanciers. On trouve dans Carré une phrase que nous avons déjà rapportée (1) et qui semble donner en termes très

(1) Voir la section précédente du présent chapitre et la section 2 du chapitre II.

généraux et très justes le critérium de la commercialité ? « Lorsque la contestation existe entre commerçants, les tribunaux de commerce sont compétents lorsqu'elle n'aurait pas pour objet un acte réputé commercial : il suffit que cet acte ait rapport à leur commerce. » Mais il ne faut pas lire ce texte avec les idées que nous possédons aujourd'hui ; par habitude en cette matière, sous les mots « rapports, relations » nous plaçons l'idée de dépendance. En réalité pour Carré, pour Pardessus aussi qui en un certain endroit parle « d'actes relatifs au commerce » (1), l'acte qui a rapport au commerce ou qui lui est relatif, c'est simplement l'acte qui ne lui est pas étranger. Leurs formules ne sont précises qu'en apparence ; en réalité elles expriment une pensée vague. Le mérite de Bravard a été de préciser la notion de l'acte relatif au commerce en celle d'acte dépendant logiquement du commerce.

Il est clair d'ailleurs que Bravard a été guidé par les solutions que donnaient la jurisprudence et la doctrine ; qu'il a remarqué dans chaque cas de commercialité le caractère accessoire de l'acte et dans le cas de non-commercialité le caractère indépendant. Nous avons indiqué les exemples que donnait Pardessus ; ajoutons ici qu'il les justifiait en faisant observer que les achats dont il parlait portaient « sur des moyens directs et absolument nécessaires à l'exercice de la profession (2) », c'était bien dire que ces actes étaient imposés par la profession du commerçant et en dépendaient. Evidemment la même idée se retrouvait cachée sous les motifs des arrêts et jugements ; dans un arrêt de la Cour de Bruxelles (3), le mot acces-

(1) *Cours*, I, 53.

(2) *Cours*, I, 51.

(3) 22 décembre 1821, *Rép.*, Dalloz, v^o *Compétence commerciale*, 66, note 1.

soire lui-même était employé. C'est donc une généralisation qu'a faite Bravard et le caractère scientifique de ce procédé était la meilleure recommandation de la formule à laquelle il avait abouti.

Certains jurisconsultes cependant restèrent indifférents devant ce progrès ; on ne peut guère supposer qu'ils aient ignoré la publication du Manuel de Bravard ; mais sans doute ils ne remarquèrent point l'idée neuve qui s'y trouvait exposée en un modeste paragraphe peu fait pour attirer l'attention. M. Orillard n'y fait aucune allusion ; il affirme la nécessité d'examiner chaque espèce et n'indique aucun principe directeur : « La nature particulière de chaque obligation, sa cause exprimée ou avouée sont les éléments qui servent à reconnaître le caractère commercial ou civil. » M. Nouguiier n'est pas plus clairvoyant : « Ces difficultés (celles que soulève l'article 631-1^o) rentrent dans le vaste domaine des faits et magistrats d'équité, les juges de commerce sont investis sur ce point de l'omnipotence des jurés. » Au *Répertoire* de Dalloz, le critérium indiqué par Bravard semble également ignoré (1).

Par contre, vers la même époque, M. Massé s'en empare avec empressement et par un excellent exposé le fortifie beaucoup (2). M. Massé ne dit pas d'ailleurs qu'il se range à l'opinion de Bravard ; il fait observer simplement que dans son dictionnaire publié en 1839 en collaboration avec

(1) Orillard, *op. cit.*, 186 ; Nouguiier, *Des tribunaux de commerce, des commerçants et des actes de commerce*, I, chap. VIII, § 5 (ouvrage de l'année 1844) ; Dalloz, *Répert.*, v^o *Acte de com.*, 303 et suiv. ; v^o *Compét. commerc.*, 107 et suiv. (les volumes où se trouvent ces articles sont l'un de 1846, l'autre de 1849).

(2) *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t. II, n^o 968 ; la première édition de l'ouvrage de Massé parut en 8 volumes de 1844 à 1848.

M. Devilleneuve (1), il a en termes assez généraux déclaré civils les achats de choses qui servent au commerce sans en être l'objet, mais qu'il abandonne cette manière de voir. Il reconnaît que ces actes sont commerciaux parce qu'ils contiennent une spéculation accessoire, parce que le prix des choses ainsi achetées pour aider au commerce figure comme élément dans le prix de revient des choses qui font l'objet principal du commerce. Et il conclut « on peut poser en principe qu'il suffit qu'une obligation se rattache au commerce de celui qui l'a contractée et en soit un accessoire pour qu'elle affecte un caractère commercial ». M. Massé complète donc l'œuvre de Bravard ; non content d'indiquer un critérium, il le justifie et par de bonnes raisons. Il observe que les actes accessoires à l'exploitation commerciale sont influencés par elle et influent sur elle. C'est une manière toute pratique de prouver qu'ils ne sont pas étrangers au négoce et qu'ils répondent bien aux articles 634-1° et 632 § 6 qui déclarent commerciaux les actes de commerçants non étrangers à leur négoce.

Le principe ainsi justifié par Massé ne pouvait que se répandre, d'autant plus qu'à la même époque il était accepté par M. Molinier (2). La jurisprudence semble s'en être inspirée assez tôt et on peut relever de 1850 à 1860 plusieurs arrêts importants (3) qui lui sont favorables, sans que toutefois, ils le proclament dans leurs motifs. Mais, le 24 janvier 1865, la Cour de cassation (4) ayant à déterminer le caractère d'un contrat d'assurance contre les

(1) *Dictionnaire du contentieux commercial*, v° *Acte de commerce*, 18.

(2) Molinier, *Traité de droit commercial*, t. I, n° 21 (paru en 1846).

(3) Cass., 1^{er} décembre 1851, S. 52.I.23 ; Cass., 11 avril 1854, S. 54.I.299 ; Caen, 2 février 1858, S. 59.II.159.

(4) S. 65.I.153, D. P. 65.I.72.

accidents souscrit par un entrepreneur de transports, déclarera cet acte commercial à l'égard de l'assuré et motiva en termes formels sa décision sur le principe de l'accessoire : « Il suffit que l'obligation se rattache à ce commerce (celui du négociant qui contracte) et en soit un accessoire pour qu'elle affecte un caractère commercial. » Dans le recueil de Sirey, M. Em. Moreau publia une note dans laquelle il approuvait entièrement cet arrêt et indiquait des applications intéressantes du principe qui l'avait inspiré.

Vers cette époque pourtant la théorie de l'accessoire subit une crise. Ce n'est point que nous voulions revenir ici sur la tentative de Desjardins qui en niant que l'article 631-1° établit une seconde sorte d'actes de commerce, rendait inutile l'admission d'un critérium qui servît à les reconnaître. Dans notre chapitre précédent, nous avons réfuté ce système (1). Mais, d'autres jurisconsultes partisans au contraire de la théorie de l'accessoire, la compromettaient par un usage téméraire. M. Demangeat, par exemple, qui nous le savons (2) partageait l'opinion de M. Desjardins sur le sens de l'article 631-1°, ne condamnait point pour cela la théorie de l'accessoire. Il la conservait, mais en la déplaçant, en la transportant sur l'article 632. Admettant sans doute implicitement qu'*à priori* l'accessoire doit être soumis aux mêmes règles que le principal, il usait de ce principe notamment pour élargir la notion de l'achat pour revendre : « A s'en tenir au texte de la loi, l'achat de marchandises n'est un acte de commerce qu'autant que l'acheteur se propose de les revendre ou d'en louer l'usage. Mais il ne paraît pas possible de donner

(1) Chapitre II, section II.

(2) Voir la note placée à la fin de la section II du chapitre II.

à ces expressions un sens limitatif. Nous dirons d'une manière générale que l'achat est un acte de commerce toutes les fois que dans la pensée de l'acheteur il se rattache à une spéculation, toutes les fois par exemple que la chose achetée doit servir accessoirement au commerce de l'acheteur. » Il élargissait par le même procédé la notion de l'entreprise de manufacture (1).

M. Demangeat croyait rester fidèle à la doctrine de Bravard (2) : en réalité il l'ébranlait à la base. Qu'était en effet, selon Bravard, le principe de l'accessoire ? Simplement une traduction de l'article 631-1° ; cet article indiquant vaguement un groupe secondaire d'actes de commerce, Bravard le précisait en faisant observer que ces actes sont tous ceux qui se rattachent accessoirement à une exploitation commerciale. Sa formule reposait ainsi directement sur un texte. Mais qui ne voit maintenant que M. Demangeat en séparant le principe de l'accessoire de l'article 631-1° lui enlevait son point d'appui ? Sans doute, dans sa pensée, les solutions qu'il proposait avaient un fondement. S'il interprétait si largement les premiers paragraphes de l'article 632, c'est apparemment qu'à ses yeux la logique seule suffisait pour soumettre l'accessoire à la même règle que le principal, qu'à ses yeux la théorie de l'accessoire était simplement l'expression pratique d'un axiome imposé par le bon sens et indépendant de toute loi. Mais nous mon-

(1) Demangeat sur Bravard, *Traité de droit commercial*, VI, p. 335 et 345.

(2) M. Demangeat déclare dans une note que ses idées sur la compétence des tribunaux de commerce ne diffèrent pas sensiblement de celles de M. Bravard (*op. cit.*, VI, p. 321, note 1). Il est bien clair pourtant que jamais Bravard ne songea à parler des actes accessoires au négoce sinon à propos de l'article 631-1° (voir sa leçon du 5 juillet 1860 au même ouvrage, VI, 234-236).

trerons au cours du prochain chapitre que cette idée était fausse, si bien qu'en détachant la théorie de l'accessoire de l'article 631-1° M. Demangeat lui enlevait son point d'appui sans le remplacer et la faisait sortir du droit positif.

Il faut croire d'ailleurs que cette manière de voir était alors assez répandue. En effet dans un livre publié en 1865, un adversaire de la théorie de l'accessoire, M. Beslay (1), présente celle-ci comme un procédé permettant d'élargir la liste des actes commerciaux par eux-mêmes ; c'est sous cet aspect qu'il la combat (2) et cela fait que son argumentation hostile passe à côté de la vraie doctrine.

Il reproche par exemple à la théorie de l'accessoire d'attribuer le caractère commercial à des actes qui ne contiennent ni spéculation ni entremise. Si on admet comme lui que ces deux éléments se retrouvent dans tous les actes qu'indique l'article 632, c'est là un très fort argument contre la théorie de l'accessoire entendue à la façon de Demangeat. Cette critique au contraire, ne signifie rien contre la véritable théorie, celle qui se présente comme une synthèse des actes qui sont fondés par l'article 631-1° et qui par eux-mêmes sont civils.

(1) *Des actes de commerce*, p. 155 et suiv. (thèse de doctorat, Paris). Beslay est avec Desjardins le seul auteur qui ait combattu la théorie de l'accessoire. *Adde* dans la jurisprudence : Rouen, 28 novembre 1856, D. P. 57.II.98.

(2) Il n'est pas douteux que Beslay ait ainsi compris la théorie de l'accessoire. Les arguments qu'il invoque contre elle et qui sont analysés au texte ci-dessus le prouvent. Ajoutons à cela la place même du chapitre où il l'examine et qui se trouve à la fin de son étude des actes de commerce par eux-mêmes et aussi ce fait que dans le chapitre suivant (*op. cit.*, p. 169 et suiv.), il étudie les actes qui sont commerciaux par la qualité de la personne et reconnaît leur existence. Cette dernière observation montre même combien grande était sa méprise, puisqu'il déplaçait la théorie de l'accessoire de sa base naturelle alors qu'il ne rejetait point le groupe d'actes de commerce qui sont cette base.

De même, Beslay invoque « l'esprit général de la loi », il fait observer que « la loi pour distinguer les actes de commerce s'est attachée aux caractères essentiels de ces actes, non à leurs caractères accidentels, contingents, extrinsèques » ; on peut l'admettre pour les actes de commerce par eux-mêmes, non pour les autres, et la vraie théorie de l'accessoire ne s'applique qu'à ceux-ci.

Il ne faudrait donc pas considérer Beslay comme un adversaire de notre doctrine si certains de ses arguments, d'un ordre plus général, ne pouvaient encore être allégués aujourd'hui contre elle. Il prétend par exemple que « cette théorie n'offre pour déterminer les actes de commerce qu'un caractère incertain et dont la détermination donnerait naissance à une suite infinie de controverses ». Il est vrai que les difficultés sont nombreuses, nous en ferons l'expérience par la suite ; mais une telle raison ne suffit pas pour condamner le critérium choisi, si un autre meilleur n'est pas indiqué. Et peut-on espérer une règle qui éteigne toute discussion dans une matière aussi délicate que celle de la commercialité ? Beslay invoque encore les articles 632 et 638 combinés qui attribuent le caractère civil à la vente de denrées qu'un producteur fait à un marchand ; il prétend que cet acte est l'accessoire du négoce et fait observer que la loi le déclare civil. Mais il y a là une confusion évidente ; cette vente est civile au regard du producteur, mais aussi au regard de celui-ci, elle n'est point l'accessoire d'un négoce, elle n'est qu'un acte mixte, commercial pour l'une des parties, civil pour l'autre. Jamais un auteur n'a songé à présenter les actes mixtes comme étant sous leur face civile l'accessoire du commerce de celui pour qui ils sont commerciaux. De même, quand M. Beslay cite les observations de certains tribunaux pro-

testant contre une première rédaction de l'article 632 dans laquelle il était parlé « d'actes relatifs au négoce (1) », il ne voit pas que ces protestations sont motivées par la confusion que faisaient ces tribunaux entre les actes relatifs au négoce et les actes mixtes. Ces reproches ne sauraient atteindre la saine doctrine.

Nous avons tenu à analyser rapidement la discussion de Beslay et à la critiquer malgré sa fausse direction parce qu'elle est la seule qu'ait subie la théorie de l'accessoire (2). Quant au système de Demangeat qui dénaturait cette théorie, il disparut de lui-même avec l'opinion de Desjardins : du moment qu'on donnait une portée réelle à l'article 634-1^o, la théorie de l'accessoire se replaçait naturellement sur ce texte. Suivons maintenant la théorie de l'accessoire dans ses derniers progrès.

SECTION III. — Généralisation et perfectionnement de la théorie de l'accessoire.

A partir de l'arrêt de cassation du 24 janvier 1865, on peut dire que la jurisprudence a adopté définitivement la doctrine fondée par Bravard et par Massé. Tout contrat passé par un commerçant accessoirement à son commerce relève de la compétence des tribunaux consulaires ; c'est à l'aide de ce critérium qu'on délimite le champ d'application de l'article 634-1^o.

(1) Cette première rédaction est celle qu'avait adoptée la Commission. Les observations que cite Beslay sont celles du Tribunal de cassation, des tribunaux d'Aix et de Rouen. — Voir cette rédaction et ces observations dans Loqué, *Esprit du Code de commerce*, t. IV, commentaire de l'article 638.

(2) Desjardins repoussait la théorie de l'accessoire en lui enlevant sa base, non en la critiquant en elle-même.

Mais jusqu'à cette époque on n'applique ce critérium qu'aux obligations conventionnelles ; sans doute on reconnaît l'existence de quasi-contrats, de délits, et de quasi-délits commerciaux mais ce n'est pas à l'aide de ce principe qu'on les détermine. Pour les quasi-contrats et pour les délits, on ne suit point de règles fixes ; on juge par espèces ou plutôt par types, ce qui est déjà un commencement de science ; pour les quasi-délits, on subordonne le caractère commercial à cette condition que le dommage se soit produit à l'occasion de rapports commerciaux préexistants et cette règle est visiblement plus sévère que celle de l'accessoire (1).

Le progrès réalisé dans la matière des contrats ne pouvait cependant y rester localisé. Si le lien d'accessoire à principal suffisait pour révéler le caractère commercial d'un contrat, pourquoi n'aurait-il pas suffi pour révéler celui d'un simple fait juridique ? Du moment qu'un délit par exemple était l'accessoire de l'exploitation commerciale, on ne pouvait dire qu'il y était étranger ; et s'il n'y était pas étranger, l'article 634-1° applicable à tous les engagements non étrangers au négoce l'attribuait aux juges consulaires. Le critérium admis pour les contrats devait être admis pour toutes les sources d'obligations.

Ce fut bientôt fait. Dès 1867, la Cour de Paris acceptait cette idée. L'obligation, disait un arrêt du 9 juillet 1867 (2), « prend nécessairement le caractère commercial soit

(1) Nous avons établi ces différents points dans la première section du présent chapitre.

(2) D. P. 67.II.196. Cette généralisation fut bientôt confirmée aussi expressément par un arrêt de Limoges, 9 mars 1872, D. P. 72.II.141 et par un arrêt de Paris, 21 janvier 1875, D. P. 75.II.222. Nous ne citons pas ici les arrêts plus récents parce qu'ils ne nous intéressent pas au point de vue historique.

qu'elle naisse d'un contrat, d'un quasi-contrat ou d'un quasi-délit, lorsqu'elle se rattache directement à l'exercice du négoce ou de l'industrie ». Sans doute le mot « accessoire » n'est pas prononcé, mais le lien de dépendance est fort bien indiqué. Et très généralement quand, depuis cette époque, un tribunal ou une Cour qualifie commercial un quasi-contrat ou un délit, ce n'est plus par une affirmation vaguement motivée, c'est à la suite d'observations sagaces sur le but de l'acte, sur la manière dont il satisfait les besoins du commerce, dont il se rattache à son exercice (1). Ce ne sont plus des solutions d'espèces, ce sont des décisions guidées par un principe. Pour les quasi-délits, on abandonne l'exigence rigoureuse de rapports commerciaux préexistants et on demande simplement qu'ils aient été occasionnés par l'exercice du négoce (2). La doctrine a d'ailleurs approuvé pleinement cette extension du critérium fourni par l'idée d'accessoire et il n'est plus aujourd'hui un auteur qui en exposant la théorie de l'accessoire ne l'applique aussitôt aux quasi-contrats, aux délits et aux quasi-délits (3).

Ce n'est point là d'ailleurs le dernier progrès accompli. En 1879, M. Labbé publia dans le recueil de Sirey, sous un arrêt de cassation de l'année précédente (4), une note dans laquelle il s'attachait à montrer que les contrats

(1) Voir comme exemples pour les quasi-contrats : Limoges, 3 mars 1885, S. 85.II.150 ; pour les délits : Aix, 3 juin 1863, D. P. 64.II.207 ; Paris, 28 avril 1866, D. P. 66.II.128 ; Req., 3 janvier 1872, D. P. 72. I.303.

(2) Lyon, 27 avril 1871, D. P. 71.II.87 ; Paris, 18 février 1874, D. P. 75.II.223 ; Req., 1^{er} avril 1874, D. P. 75.I.466.

(3) Boistel, *Précis*, 50 ; Lyon-Caen et Renault, I, 177 ; Appert, *Des actes de commerce terrestre*, p. 311 et suiv. ; Thaller, *Traité élém.*, 55.

(4) Cass., 28 janvier 1878, S. 79.I.289.

sont commerciaux par relation quand ils sont passés en vue du commerce, quand leur destination est commerciale. C'était un nouveau progrès, nous verrons en effet au chapitre suivant que cette règle résulte de l'application de la théorie de l'accessoire aux contrats ; qu'en outre, sauf certaines réserves, elle doit être étendue aux autres sources d'obligations. L'indication précise du critérium de la destination, de la finalité, était donc un perfectionnement de la théorie de l'accessoire.

Les observations de M. Labbé étaient d'ailleurs très naturellement suggérées par les motifs de l'arrêt qu'il commentait :

« Un négociant, disait la Cour, peut être traduit devant la juridiction consulaire non seulement à raison de conventions ou de faits qui constituent par eux-mêmes des actes de commerce, mais encore toutes les fois que l'engagement dont l'exécution est poursuivie a eu *pour cause et pour but principal* les intérêts de son commerce. » Et, à vrai dire la Cour de cassation en des expressions toutes pratiques, comme M. Labbé en des termes plus scientifiques, ne faisaient que généraliser une idée énoncée déjà bien souvent, mais en des cas particuliers. M. Bédarride, M. Alauzet (1) avaient déjà prononcé, en examinant différentes espèces, les mots de but, de destination. Même, M. Em. Moreau dans la note qu'il avait publiée dans le recueil de Sirey en 1865 (S. 65.I.153) avait enfermé la théorie de l'accessoire en cette formule : « tout négociant est justiciable du tribunal consulaire quant à l'engagement quelconque par lui contracté pour les besoins de son commerce. » C'était là en somme une indication générale de

(1) Bédarride, *De la juridiction commerciale*, 225 ; Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, t. VI, 2999.

la finalité. Il était bon cependant que cette idée, juste comme nous le montrerons au cours du prochain chapitre, fût exprimée scientifiquement : une vérité mal dite est presque une vérité ignorée. La théorie de l'accessoire, faute de ce perfectionnement, aurait couru le risque d'être déformée par des confusions.

Un système par exemple a surgi suivant lequel un acte ne peut être commercial que s'il est exigé nécessairement, d'une manière absolue par l'exploitation commerciale (1). Cette rigueur amoindrit singulièrement la portée de notre théorie ; mais en possession du principe nettement mis à jour par M. Labbé, nous voyons sur le champ que ce système est faux, un acte peut fort bien avoir pour but le négoce, avoir une destination commerciale, sans être cependant un acte nécessaire, indispensable ; il suffit pour cela qu'il soit utile. Ainsi qu'un négociant assure ses marchandises contre l'incendie, il agit en vue de son commerce, quoique cette précaution prise par lui ne soit pas indispensable. Dans notre prochain chapitre, nous reviendrons sur cette opinion pour la critiquer plus longuement (2) ; mais dès maintenant et au premier coup d'œil la lumière jetée par le critérium de la destination nous en montre le défaut.

A un autre point de vue d'ailleurs les idées de M. Labbé sont intéressantes ; elles contiennent une conception nouvelle de la théorie de l'accessoire, la conception qui implique une commercialité réelle et dont nous avons déjà parlé pour la décrire et pour l'accorder avec les tex-

(1) Trib. civ. de Genève, 13 janvier 1883, S. 83.IV.31 et 25 août 1883, S. 84.IV.8.

(2) Voir chapitre IV, section III, § 1.

tes (1). « Admettons comme un principe, dit M. Labbé, que la destination d'un acte au commerce lui imprime le caractère de la commercialité. L'opération accessoire prend le caractère de l'opération principale qu'elle facilite. » C'est en ces termes qu'il résume son système avant d'en suivre l'application. Il ne reconnaît donc aucun rôle à la qualité de l'auteur puisqu'il n'en parle pas ; selon lui, la destination seule de l'acte influe et imprime la commercialité. Si ce passage de sa dissertation pouvait laisser un doute sur ce point, il suffirait pour le dissiper de relever un peu plus loin les paroles par lesquelles il annonce la question des actes qui précèdent l'exercice du commerce : « Nous avons jusqu'ici raisonné, dit-il, dans l'hypothèse où l'acte émane d'un commerçant. » Il considère donc les actes accomplis avant le début de l'entreprise comme émanant d'un individu non commerçant, et si ensuite il les déclare cependant commerciaux, c'est que dans sa pensée, la commercialité se fonde uniquement sur la destination.

La théorie de l'accessoire entre donc dans une phase nouvelle. La relation d'accessoire à principal, observée entre un acte et une exploitation commerciale, était considérée comme le critérium permettant de discerner, dans la vie juridique des commerçants, les actes qui devaient être soumis à la juridiction consulaire et ceux qui devaient être laissés à la juridiction civile. Cela revenait à admettre que cette relation était une condition de la commercialité, sinon il était arbitraire de l'adopter comme critérium : dire qu'elle était le critérium de la commercialité et dire qu'elle influait sur elle, c'était exprimer une uni-

(1) Voir chapitre I, *in fine*, et chapitre II, section IV.

que pensée aux deux points de vue différents de la pratique et de la théorie ; et il est clair que Bravard, Massé, Moreau et les autres connaissaient cette pensée sous ses deux faces. Mais, cette vue d'un rôle profond de la relation d'accessoire à principal, ne forçait pas à nier le rôle de la qualité des personnes ; on admettait donc le jeu combiné de ces deux influences, avec la conception théorique de la compétence personnelle ou mixte que nous avons décrite au chapitre premier (1). Labbé abandonne cette conception ; au lieu de voir dans le caractère commercial le résultat de deux circonstances combinées, l'une personnelle, l'autre réelle, il néglige celle-là pour ne plus songer qu'à celle-ci, et il explique le caractère commercial uniquement par la destination qui fait d'un acte l'accessoire d'une exploitation commerciale. Il n'ajoute à la théorie aucun élément nouveau, il ne la bouleverse point non plus ; mais simplement il l'envisage sous un nouvel aspect logique ; elle était l'un des pôles de la commercialité par relation, il en fait le centre unique et cela suffit pour la transfigurer.

Et il est remarquable que pour opérer cette modification si simple dans son procédé et pourtant si profonde dans sa pénétration, M. Labbé suit plus l'instinct que le raisonnement. Il ne s'inquiète pas, en effet, de savoir si les textes et les travaux préparatoires permettent de con-

(1) Il n'est pas sûr que Massé n'ait pas eu l'idée d'une compétence purement réelle ; sans doute, il ne songe pas à appliquer la théorie de l'accessoire sinon sous le couvert de la qualité de la personne ; il n'examine pas l'hypothèse des actes relatifs à un commerce futur ; mais d'après sa manière d'exposer et de formuler la théorie, il semble penser que la qualité de commerçant fonde simplement une présomption de commercialité, tandis que la relation fonde vraiment la compétence (*op. cit.*, 967 et 968).

sidérer comme réelle la compétence établie par les articles 631-1° et 632 § 6 ; il ne dit même pas qu'il rompt avec la tradition. Il montre seulement que tout acte accompli en vue d'un commerce futur s'y rattache aussi étroitement que si ce commerce était exercé déjà, admettant implicitement et sans le démontrer que cette relation seule est nécessaire. L'idée de la compétence réelle s'est ainsi jointe à la théorie de l'accessoire, par le seul effet de l'attrait que présentait son élégance logique.

De même, MM. Lyon-Caen et Renault adoptent cette conception sans le dire et sans la démontrer, simplement en donnant des solutions qui l'impliquent (1).

Les tribunaux de leur côté commencent à subir cette impulsion (2). Le 21 mars 1892, la Cour de cassation ayant à déterminer le caractère civil ou commercial d'une convention par laquelle un particulier, avait obtenu d'une ville la concession d'un établissement thermal et de ses annexes pour les exploiter, reconnaissait le caractère commercial, sans invoquer d'autre raison que le rapport qui rattachait ce contrat au négoce futur de celui qui l'avait passé (S. 93.1.229). Le 28 décembre 1893, la Cour de Paris ayant à qualifier un emprunt contracté pour créer un commerce, constatait dans son arrêt que le prêt avait été

(1) *Traité*, I, 174 et 174 bis.

(2) Bien des arrêts antérieurs à ceux que nous citons ici, reconnaissent la commercialité d'actes accessoires à un commerce futur (voir chap. IV, section V) et au premier abord, semblent consacrer l'idée de la compétence réelle. Ce n'est là qu'une apparence ; ces arrêts ou bien dans leurs motifs attribuent par anticipation la qualité de commerçant à l'auteur de ces actes ; ou bien, pour l'achat d'un fonds de commerce notamment, invoquent des motifs tout à fait étrangers à la théorie de l'accessoire (Voir chap. VI, section I, § 1, l'analyse de la jurisprudence relative à l'achat d'un fonds de commerce).

contracté pour le commerce et concluait : « Dans ces conditions, sans avoir à rechercher si le prêteur qui a été longtemps commerçant l'était encore au moment du prêt, et si les emprunteurs étaient déjà commerçants à cette date, il est incontestable que le tribunal de commerce était seul compétent » (*Pand. franç.*, 94.II.279). Le 5 juillet 1898, la Cour de Douai, Chambre des appels correctionnels, avait dans une affaire de banqueroute, à déterminer le caractère de la location d'une usine avec son matériel pour la fabrication des engrais chimiques et de l'acquisitions de machines, appareils et outillages garnissant une autre usine destinée à la production de la colle, des engrais, etc., en un mot le caractère d'un ensemble d'actes se rapportant à une industrie future. La Cour se prononça pour la commercialité et invoqua entre autres motifs le suivant, à savoir : « qu'en admettant que le débiteur ne fût pas commerçant antérieurement à ses acquisitions, les commandes de ces diverses machines se rattachent directement à l'exploitation de son industrie » (*Gaz. des Trib.*, 10 nov. 1898).

Sans prévoir l'avenir plus qu'il ne convient, nous pouvons donc croire que l'idée de la commercialité réelle tend à s'établir (1) et que la théorie de l'accessoire se fixera dans la forme nouvelle que lui donne cette conception. Sans doute un jour, on s'accordera à admettre que si l'acte qu'un commerçant accomplit accessoirement à son

(1) Un arrêt récent de la Cour de Rennes (31 mai 1892, D. P. 93. 2.79) tend à maintenir la tradition de la compétence personnelle. Cet arrêt refuse de déclarer commercial l'achat d'un fonds de commerce par un non-commerçant, précisément parce que cet acheteur n'a pas la qualité de commerçant. Les arrêts moins récents en ce sens sont mentionnés ci-après, à part ceux qui ont été mentionnés déjà vers la fin du chapitre 1^{er}.

commerce est commercial, c'est uniquement parce que cet acte se rattache au commerce, et que le rôle de la qualité de l'agent se réduit à fonder la présomption de commercialité.

On s'étonnera peut-être que le caractère réel de la commercialité par relation n'ait pas été reconnu plus tôt, puisque au chapitre précédent, nous avons établi qu'il résultait du système organisé par les textes. Mais cela s'explique facilement. Le Code achevé et promulgué, ses rédacteurs, nous l'avons vu, léguaient aux interprètes l'idée d'une compétence personnelle : les travaux préparatoires et l'apparence des textes suggéraient cette idée. En vérité, la compétence était réelle, mais le principe objectif sur lequel elle reposait étant inconnu, rien ne faisait suspecter l'exactitude des déclarations faites par les rédacteurs du Code. Il fallait d'ailleurs une idée générale pour grouper les actes de commerce créés par les articles 631-1° et 632 § 6 ; si on avait rejeté celle que fournissaient les travaux préparatoires, par quelle autre l'aurait-on remplacée ? Le caractère réel de la compétence ne pouvait guère être aperçu et étant aperçu ne pouvait être affirmé sans inconvénient qu'après le triomphe de la théorie de l'accessoire qui elle, révèle l'erreur et permet de la corriger.

Et par là même, l'imposante tradition qui recommande l'idée de la compétence personnelle ne peut inquiéter les partisans de la compétence réelle. Depuis le commencement du siècle on a cru (1), et aujourd'hui encore on

(1) Locré, *Esprit du Code de commerce*, t. IV, sous l'article 631 ; Pardessus, *Cours de droit commercial*, I, 49-52 ; Bravard-Veyrières, *Manuel de droit comm.*, p. 915 (1^{re} édition) ; Nouguiér, *Des tribunaux de comm.*, etc., I, chap. VIII, § 5 ; Bédarride, *De la juridiction commer-*

croit (1) que les articles 631-1^o et 632 § 6 établissent la compétence sur la qualité des personnes ; mais cette croyance unanime s'explique non par l'accord qui résulte de la possession de la vérité, mais par une cause commune d'erreur. D'ailleurs, l'unanimité en faveur de la compétence personnelle n'est pas aussi complète qu'elle le paraît au premier abord. Avant même qu'on ne pensât à la théorie de l'accessoire, Carré en raisonnant uniquement sur les textes, soutint la thèse de la compétence réelle. Et plus récemment, Alauzet qui n'enseigne pas la théorie de l'accessoire a émis le même avis (2). Voilà qui affaiblit singulièrement la présomption qu'on voudrait tirer de la tradition, et qui empêche de considérer avant tout examen, l'idée de la compétence réelle comme une altération du sens des textes résultant d'une corruption de la théorie de l'accessoire.

Le dernier développement de la théorie de l'accessoire ainsi esquissé, nous pouvons en quelques mots résumer toute l'histoire de celle-ci.

Le Code déclarant commerciaux, en général, les actes des commerçants sous des conditions qu'il ne précisait pas suffisamment, dans une première période, on s'efforça de faire un triage en s'inspirant simplement des indications

ciale, 182 ; Moreau, Note dans S. 65.I.153. Citons en outre comme arrêts intéressants : Req., 24 avril 1861, D. P. 61.I.256 ; Cass., 24 janvier 1865, S. 65.I.153 ; Angers, 21 mars 1867, S. 68.II.215.

(1) Voir le chapitre I, vers la fin.

(2) Carré, *Lois de l'organisation et de la compétence des juridict. civ.*, t. II, art. 384, p. 519 ; Alauzet, *Comment. du Code de comm.*, VI, 2947 et 2948. A côté de Carré on peut placer Vincent, *Législation commerciale*, p. 115. Quelques arrêts isolés ont aussi appliqué autrefois l'idée de la compétence réelle, Toulouse, 15 juillet 1825, *Répert. Dalloz*, v^o *Acte de comm.*, 215, note 1 ; Paris, 18 janvier 1862, D. P. 62.V.7.

que donnait chaque espèce. Dans une seconde période, commencée vers 1840, on reconnut que les actes commerciaux sont seulement ceux qui sont accomplis par le commerçant accessoirement à son commerce, et on applique ce critérium aux contrats. Depuis 1865, l'usage de ce critérium fut généralisé et étendu à toutes les sources d'obligations. L'idée d'accessoire fut aussi plus creusée et finit par se préciser en ce qui concerne les contrats en celle de destination. D'ailleurs un nouveau mouvement se dessine et de nos jours, le principe de l'accessoire tend à devenir le fondement unique de la commercialité établie par les articles 631-1^o et 632 § 6, si bien qu'à la notion de compétence personnelle, une notion de compétence réelle tend à se substituer.

Et l'histoire, ici comme ailleurs, comporte un enseignement. Ce sont les textes, les articles 631-1^o et 632 § 6, qui ont été le point de départ de notre théorie ; c'est en eux qu'elle a germé pour croître ensuite et s'épanouir au-dessus d'eux. Elle en est sortie lentement, progressivement, par une sorte d'évolution ; et dès lors, si elle est le complément logique des textes (ce dont nous allons nous assurer au cours du prochain chapitre) elle est surtout leur complément naturel. C'est pour elle un gage de durée : la discrétion avec laquelle elle s'est introduite dans notre droit et y a pris place, la solidité des liens par lesquels elle s'est attachée à notre système de compétence commerciale, la protègent mieux que le raisonnement contre toute attaque. Et en ce qui concerne la conception de la compétence réelle, conception qui donne à la théorie de l'accessoire un sens plus profond et une indépendance plus grande, c'est aussi parce qu'elle se glisse naturellement et sans secousse dans les esprits, que nous croyons plus fermement à son succès final.

CHAPITRE IV

EXAMEN CRITIQUE DE LA THÉORIE DE L'ACCESSOIRE.

Dans notre premier chapitre, nous avons esquissé à grands traits la théorie de l'accessoire d'après l'enseignement de la doctrine contemporaine. Dans notre second chapitre, en étudiant les textes, nous avons constaté que cette théorie ne s'y trouve pas écrite, en ce sens que les rédacteurs du Code l'ont ignorée totalement et par suite, n'ont pu s'inspirer d'elle ; nous avons constaté en outre, que les textes auxquels on rattache la théorie de l'accessoire, c'est-à-dire les articles 631-1° et 632 § 6, fondent un groupe secondaire d'actes de commerce. Dans notre chapitre troisième, nous plaçant au point de vue historique, nous avons vu comment à propos de ces actes, la théorie s'est formée lentement depuis la promulgation du Code jusqu'à nos jours. Nous devons maintenant sonder cette théorie pour en découvrir le fondement et en même temps, l'analyser et la contrôler dans son détail ; en un mot en faire l'examen critique.

SECTION I. — L'adage « *accessorium sequitur principale* » n'est pas le fondement de la théorie de l'accessoire.

Suivant M. Appert (1), la théorie de l'accessoire se déduit *à priori* d'un principe de raison : « Le principe de

(1) *Des actes de commerce terrestre*, p. 294.

L'accessoire, dit-il, est très rationnel : *accessorium sequitur principale*, est un axiome qui trouve ses applications dans toutes les branches du droit ; de même que le droit de propriété s'étend à tout ce qui vient augmenter l'objet de ce droit à titre de dépendance, de même la commercialité s'étend et s'épanouit sur tous les actes nécessaires ou seulement utiles à une exploitation commerciale ; à défaut des textes, les principes seuls de la raison et du droit nous permettraient de délimiter nettement le domaine d'application de notre principe. »

A première vue, cette justification paraît satisfaisante : elle est simple et elle repose sur une règle qui doit être vraie à en juger par l'usage très fréquent qu'on en fait. Mais certaines observations nous mettent en défiance contre elle.

D'abord, en nous rappelant l'historique tracé au chapitre précédent, nous savons que la théorie de l'accessoire n'est pas née d'une déduction tirée de la règle : *accessorium sequitur principale*. Vers 1860, il est vrai, certains jurisconsultes la présentèrent comme telle ; mais la théorie existait dès longtemps avant eux et ceux qui en avaient esquissé les premiers traits n'avaient invoqué que les textes (1). Ce système de justification imaginé après coup et d'ailleurs peu en faveur, n'a été pour rien dans le succès de la théorie.

En second lieu, si nous acceptons l'explication que donne M. Appert, nous devons décider que tout acte ou tout engagement accessoire à une exploitation commerciale est commercial, même si cette exploitation n'est pas celle de l'intéressé, mais celle d'un tiers ; que par exemple, le cautionnement est un acte de commerce du moment qu'il

(1) Voir chapitre III, section 2.

est donné pour une dette commerciale et sous cette seule condition. L'adage *accessorium sequitur principale* est en effet absolu ; il n'est limité par aucune restriction. Or, d'après la doctrine contemporaine, nous l'avons vu au chapitre I (1), il n'est pas admis que l'acte ou l'engagement accessoire au commerce d'un tiers soit commercial. Il y a là une contradiction entre deux doctrines, et il faut voir de quel côté est l'erreur. Vérifions donc le principe invoqué par M. Appert.

L'accessoire doit suivre le principal ; qu'on prenne cette proposition à la lettre, elle est indiscutable. Il ne faut pas séparer, il ne faut pas dissocier deux objets matériels ou intellectuels rattachés l'un à l'autre par le lien d'accessoire à principal. L'objet principal a besoin de l'objet accessoire pour être complet, pour être pleinement lui-même ; l'objet accessoire n'a sa raison d'être que dans l'objet principal ; par lui-même il ne se soutient pas, il ne peut exister seul à peine d'être sans utilité et incompréhensible. Conçoit-on par exemple, pour citer un cas tout pratique, la roue d'un chariot séparée du véhicule dont elle est l'accessoire ? Le plus simple bon sens exige de la façon la plus absolue que l'accessoire suive le principal. Et cette vérité appliquée dans le domaine du droit exige que toujours, en présence de deux objets dont l'un est l'accessoire de l'autre, le jurisconsulte combine ses solutions de manière que ces deux objets soient toujours réunis et se prêtent le mutuel appui dont ils ont besoin. D'ailleurs de lui-même, le législateur applique assez souvent cette règle. Au Code civil, bon nombre des dispositions placées dans les divers

(1) Voir dans la seconde moitié de ce chapitre I, l'exposé de la théorie de l'accessoire d'après les données de la doctrine contemporaine.

chapitres qui traitent du droit d'accession (1) sont inspirées par elle : l'accessoire appartient de droit au propriétaire du principal, parce que la séparation des deux choses quant au droit de propriété, entraînerait presque forcément leur séparation en fait. Pour la même raison, l'article 1615 du même Code décide que « l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel ». Si la loi était muette sur ces points, l'interprète aurait le droit et le devoir de la compléter ; toute règle imposée par le bon sens est indépendante de la volonté du législateur ; la raison n'a pas de lois, sinon les siennes.

Mais à côté du sens rigoureux que nous venons de donner à l'adage *accessorium sequitur principale*, il en existe un autre plus large et qu'on peut qualifier de métaphorique. L'accessoire doit suivre le principal en ce sens qu'il doit se conformer à lui, subir le même régime juridique que lui, l'imiter en tous points. C'est même en ce sens figuré que l'adage est le plus souvent employé. Or, hâtons-nous de le remarquer, ainsi interprété, notre axiome n'est plus un axiome ; il ne s'impose plus par lui-même, *à priori* : car on cherche en vain les raisons pour lesquelles dans tous les cas réels et possibles, d'une manière absolument générale, l'accessoire devrait être soumis au régime juridique auquel est soumis le principal. Ou plutôt, on ne

(1) Il ne faudrait pas croire que tous les articles placés dans ces chapitres, sont des applications de l'adage *accessorium sequitur principale*. Il est bien clair par exemple que si on considère l'île qui se forme au milieu d'une rivière comme l'accessoire du fonds riverain du côté duquel elle s'est formée, ce n'est qu'à raison de la tradition et de la commodité de cette fiction. Mais la règle en vertu de laquelle le propriétaire du sol est en même temps propriétaire des plantations et constructions établies sur ce sol, est bien une application de notre adage.

trouve pour toute raison que l'attrait naturel qu'exerce une règle élégante, ingénieuse, et nous ne nous attardons pas à démontrer l'insuffisance d'un pareil motif.

Pourtant, avons-nous dit, il est fréquent de voir déclarer que l'accessoire se conforme juridiquement au principal. C'est que dans certains cas, pour des raisons toutes spéciales à la difficulté envisagée, le législateur soumet effectivement l'accessoire au même régime que le principal. Ainsi les meubles qui sont les accessoires d'un immeuble, prennent eux-mêmes le caractère immobilier; de même la constitution de gage est toujours commerciale quand elle se rattache à une dette commerciale (1). On peut dans ces cas et dans les autres semblables, employer l'adage *accessorium sequitur principale* en lui donnant son sens métaphorique; mais ce ne peut être pour justifier les solutions contenues dans la loi, puisque en ce sens l'adage n'a aucune vertu propre; c'est simplement pour traduire la loi en un langage bref et connu, et l'adage loin de justifier les textes est au contraire justifié par eux (2).

(1) Articles 522-525 du Code civil; article 91 du Code de commerce.

(2) Il y a cependant un cas où l'adage *accessorium sequitur principale*, pris au sens figuré, s'impose même sans texte. C'est le cas où une impossibilité de fait empêche que le principal et l'accessoire ne soient traités différemment. Quand, par exemple, pour un prix unique et sans distinction possible, une vente commerciale et une vente civile sont faites (vente d'un fonds de commerce avec l'immeuble affecté) il faut bien qualifier l'opération en bloc et on le fait d'après le caractère de l'objet principal vendu. Mais, qu'on le remarque bien, c'est la nécessité du fait qui oblige à soumettre à un traitement identique deux actes qui devraient être traités différemment; l'axiome *accessorium sequitur principale* ne fait alors que déterminer le choix du traitement. Il ne joue donc en somme qu'un rôle secondaire.

Cela reconnu, si, conformément à la théorie de l'accessoire, nous décidons que l'acte accessoire à une exploitation commerciale est lui-même commercial, est-ce en vertu de ce principe que l'accessoire ne doit pas être séparé du principal ? est-ce en vertu de l'adage *accessorium sequitur principale* entendu au sens strict ? Evidemment non. — Si en prétendait, en effet, que l'acte accessoire à une exploitation commerciale reste civil, on ne prétendrait pas pour cela séparer cet acte de l'exploitation. L'acte traité comme civil ne cesserait pas pour cela d'être utile à l'entreprise ou de s'y rattacher ; il ne serait pas pour cela un moyen dissocié de sa fin ou une conséquence arrachée de son principe, il ne serait pas privé de son soutien ; et d'autre part, l'entreprise commerciale ne se trouverait ni incomplète ni mutilée. L'adage *accessorium sequitur principale* pris dans son sens strict, ne peut être invoqué dans cette matière de la commercialité parce que, quelque solution qu'on adopte, on ne saurait entrer en contradiction avec lui. Et comme c'est seulement dans son sens propre que l'adage en question est un axiome, une vérité de raison, il est clair dès maintenant qu'il ne saurait être le fondement rationnel de la théorie de l'accessoire.

Peut-on au moins, en notre matière, citer l'adage en son sens figuré simplement pour condenser en une formule brève et connue la théorie de l'accessoire ? Il faudrait que les textes le permissent et il n'en est pas ainsi. Si on dit simplement en effet, pour formuler la théorie, que l'accessoire se conforme au principal, on admet implicitement mais forcément, que la commercialité peut ainsi dériver d'une exploitation commerciale quelconque, même de celle d'un tiers. Mais rappelons nous la restriction qui est cachée sous les articles 631-1° et 632 § 6, et

dont nous avons établi l'existence au chapitre second (1) : les engagements, transactions et obligations des commerçants sont des actes de commerce, pourvu qu'ils ne soient pas étrangers à leur négoce. Cette restriction, comme nous l'avons montré, ressort clairement des travaux préparatoires du Code et il serait tout à fait contraire à l'intention des rédacteurs d'en atténuer la rigueur. Or, au cours de ces travaux, toujours on a parlé d'une relation avec le commerce de l'obligé, jamais d'une relation avec le commerce d'un tiers. Comment admettre d'ailleurs, d'une manière générale, que l'influence que mon acte peut exercer sur le négoce d'un tiers puisse faire que j'agisse commercialement ? Ce serait du même coup condamner l'idée des actes mixtes. On invoquera le cas particulier du gage qui est commercial, même quand il est accessoire au commerce d'un tiers. Mais l'article 94 du Code de commerce qui en décide ainsi est postérieur de soixante ans aux articles 631-1^o et 632 § 6, et par suite, ne peut éclairer leur esprit. Il faudrait d'ailleurs montrer que les raisons spéciales qui peuvent expliquer cette disposition et que nous n'avons pas à examiner ici doivent être généralisées.

Cette argumentation condamne tout emploi en notre matière de l'adage *accessorium sequitur principale*. En même temps, elle justifie l'exigence que comporte la théorie de l'accessoire, d'une relation avec le commerce de celui qui agit ou est engagé. Indiquons sur le champ une conséquence de cette exigence : le cautionnement donné à une dette commerciale ne peut être commercial par le seul effet du lien qui le rattache à cette dette (2).

(1) Chap. II, section 2.

(2) L'application de la théorie de l'accessoire au cautionnement sera étudiée en détail au chap. IV, section 1, § 9.

SECTION II. — **Fondement véritable de la
théorie de l'accessoire.**

Si nous ne fondons pas la théorie de l'accessoire sur l'adage *accessorium sequitur principale*, sur quoi l'appuyons-nous ? Simplement sur les textes : historiquement, nous le savons, c'est d'eux qu'elle est sortie (1) ; d'autre part, si nous avons montré au chapitre second (2) qu'elle n'est pas contenue en eux en ce sens, que les rédacteurs du Code qui ignoraient cette théorie n'ont pu songer à l'appliquer, il n'en résulte pas qu'elle ne puisse se justifier par eux : il suffit pour cela qu'elle apparaisse comme coordonnant logiquement les actes de commerce que créent les textes.

D'après les articles 634-1° et 632 § 6, combinés et éclairés par les travaux préparatoires, les actes des commerçants, même non commerciaux par eux-mêmes, sont commerciaux pourvu qu'ils ne soient pas étrangers au négoce de celui qui les accomplit. La théorie de l'accessoire, permet de discerner parmi les actes des commerçants ceux qui sont étrangers à leur négoce et ceux qui ne le sont pas ; elle consiste dans cette idée que l'acte non étranger au négoce, c'est celui qui en est l'accessoire ; que ces deux termes : d'acte non étranger au négoce et d'acte accessoire au négoce, le premier vague et confus, le second précis et scientifique, sont équivalents. Et il suffit pour établir la théorie de démontrer la justesse de cette idée.

(1) Voir chapitre III, section 2.

(2) Voir chapitre II, section 1.

Or, pour qu'un acte se rattache à un commerce, pour qu'il ne lui soit pas étranger, il faut qu'entre cet acte et ce commerce il existe certains rapports. Quels rapports peut-on relever entre un acte ou un fait juridique et une exploitation commerciale ? On peut relever des rapports de fait, des rapports matériels : un acte peut se rattacher à un commerce par le temps ou par le lieu dans lesquels il est accompli. Mais assurément ces liens de concomitance ne sont pas de vrais liens ; ils n'intéressent point la raison et par suite ne peuvent influencer sur le droit. Au point de vue du droit, un pareil concours de circonstances n'empêche pas un acte d'être étranger à tout négoce.

Ce qui doit rattacher l'acte ou le fait à l'entreprise, ce doit être un lien intellectuel, un lien logique. Mais tout rapport logique entre deux objets consiste dans une certaine dépendance de l'un vis-à-vis de l'autre. Si un acte est en relation logique avec une entreprise commerciale, c'est qu'il dépend d'elle ou que celle-ci dépend de lui. Cette seconde hypothèse étant inadmissible pratiquement, puisque l'entreprise à raison de son importance beaucoup plus grande se refuse à être sous la domination logique d'un simple acte, quand il existe un rapport logique entre l'entreprise et l'acte, c'est toujours celui-ci qui est sous la dépendance de l'autre. Donc quand un acte se rattache à une entreprise commerciale, quand il ne lui est pas étranger, c'est qu'il dépend d'elle logiquement. C'est ce qu'on exprime en disant que l'acte est l'accessoire de l'entreprise.

Ainsi, par la seule analyse des idées, nous démontrons le principe fondamental de la théorie de l'accessoire ; en raisonnant sur les textes, nous aboutissons à ce principe. Nous le démontrerons d'une manière peut-être moins rigoureuse, mais plus concrète, en suivant l'ordre inverse :

en appliquant la théorie de l'accessoire aux diverses sortes d'actes, aux contrats, aux délits, etc., pour déterminer à quelles conditions ces actes de différents genres sont l'accessoire d'une exploitation commerciale, et en constatant ensuite, d'après les conditions ainsi fixées, que les actes désignés comme commerciaux répondent bien aux textes, ne sont pas étrangers en fait au commerce de leur auteur. Cette contre-épreuve, utile par elle-même, aura en outre l'avantage, devant s'appuyer sur les déductions qui dérivent du principe fondamental, de nous forcer à déterminer les véritables déductions et à rejeter les autres.

SECTION III. — Règles d'application de la théorie de l'accessoire aux diverses catégories d'actes et de faits juridiques.

§ 1. — A quelle condition un contrat est l'accessoire d'une exploitation commerciale ?

Suivant une opinion peu répandue (1), un contrat qui n'est pas par lui-même un acte de commerce ne peut le devenir par relation que s'il est la suite nécessaire, obligée de l'exploitation commerciale. La commercialité par relation ne s'attache qu'aux conventions qui sont la condition même de l'entreprise, qui sont imposées d'une manière absolue par les exigences du commerce. Par exemple, le contrat par lequel un marchand de liquides se procure les récipients qui doivent contenir ses denrées est commercial parce qu'il est une suite nécessaire de ce genre de négoce : les récipients sont indispensables pour la conservation des

(1) Trib. civ. Genève, 13 janvier 1883, S. 83.IV.31 et 25 août 1883, S. 84.IV.8.

liquides. Au contraire, la convention par laquelle un négociant assure ses marchandises contre l'incendie n'est pas commerciale, parce que, si elle est une précaution utile, elle n'est pas cependant nécessaire.

Qu'un tel système doive soulever de graves difficultés pratiques, c'est ce dont on ne peut douter. Entre les contrats qui sont évidemment indispensables et ceux qui ne le sont évidemment pas, beaucoup d'autres donnent prise à la controverse : un fabricant qui achète des machines pour sa manufacture semble bien obéir en cela à une exigence absolue de son commerce : il ne peut pas fabriquer sans machines ; si pourtant le matériel qu'il achète doit simplement améliorer ses procédés de travail, réaliser un perfectionnement dans l'usine, le contrat ne devient-il pas simplement utile ? Les complications de circonstances et les questions de fait pourraient avec un pareil critérium soulever des difficultés très spécieuses et les solutions qu'on en donnerait seraient le plus souvent arbitraires.

Mais nous condamnerons cette idée pour un motif plus grave ; c'est qu'elle ne s'accorde pas avec la théorie de l'accessoire. Sans doute, du moment qu'un contrat est la suite forcée de l'entreprise commerciale, il dépend d'elle logiquement, il en est l'accessoire. Mais en sens inverse, un contrat qui n'est pas aussi étroitement lié à l'entreprise peut cependant dépendre d'elle. Toutes les conventions que le négociant passe en vue de son affaire ont celle-ci pour principe et pour raison, en sont l'accessoire ; toutes pourtant ne sont pas nécessaires. Le contrat d'assurances que nous citons tantôt en est un bon exemple.

Cette idée d'un acte indispensable est donc trop étroite, insuffisante pour traduire celle de l'acte accessoire. L'idée de la destination que nous venons d'effleurer et qui a été

fort bien proposée et défendue par M. Labbé (1), étant plus large doit être plus vraie. Nous allons même reconnaître qu'elle est la seule vraie ; un contrat est l'accessoire de l'entreprise commerciale quand, et seulement quand, celle-ci est son but.

Le moyen est l'accessoire de la fin puisqu'il dépend d'elle logiquement ; d'où il suit, que le contrat passé en vue de l'exploitation commerciale est l'accessoire de celle-ci. D'autre part, le contrat est par définition un acte volontaire, puisque le consentement en est l'élément essentiel ; or, tout acte volontaire, c'est-à-dire tout acte libre, ne peut dépendre, et seulement au point de vue logique, que du but qu'a visé l'intelligence de son auteur. Vis-à-vis de tout autre objet il est sans lien, sans rapport aucun ; d'où il suit que si un contrat n'a pas pour destination l'utilité de l'exploitation commerciale, il ne saurait à aucun point de vue être l'accessoire de celle-ci, avoir avec elle un rapport. Le critérium de la destination ne peut donc révéler que des contrats accessoires à l'entreprise et les révèle tous ; c'est dire qu'il est l'exacte traduction de la théorie de l'accessoire à l'égard des contrats. Appliquons-le dans un exemple : si un négociant achète un cheval en vue d'effectuer ses transports de marchandises, son acte est commercial, parce qu'il est l'accessoire de son entreprise ; si au contraire il achète un cheval pour son usage particulier, pour son agrément, l'acte est civil. D'ailleurs les auteurs et les tribunaux d'un commun accord se guident sur la destination des conventions pour reconnaître celles qui sont commerciales (2).

(1) Voir chapitre III, section 2.

(2) Labbé, note dans Sirey, 79.I.289 ; Lyon-Caen et Renault, I, n° 171 (implicite) ; Thaller, *Traité élémentaire*, 54 (implicite). Comme

Quant à l'autre critérium, celui qui consiste à rechercher si le contrat est indispensable au négoce, on pourrait songer à l'établir en observant que s'il ne s'accorde pas avec la théorie de l'accessoire, c'est peut-être que celle-ci n'est pas juste. Cette prétention ne tendrait à rien moins qu'à renverser la théorie pour lui en substituer une autre. Comme nous avons dès maintenant établi la parfaite concordance du principe fondamental de la théorie avec les textes, cet autre système est déjà implicitement réfuté (1). Une observation achèvera de le ruiner, c'est qu'il mutile arbitrairement la disposition du Code : le législateur a voulu que tout acte accompli par un négociant fût commercial du moment qu'il était accompli à raison du négoce, et il est clair que le négociant agit à raison de son négoce non seulement quand il accomplit un acte indispensable, mais aussi quand il accomplit un acte simplement utile ; rappelons simplement l'exemple du contrat d'assurance. Autant la théorie de l'accessoire traduit exactement la pensée du législateur, autant cet autre système la déforme. Remarquons d'ailleurs que cette doctrine fautive, bouleverserait toutes les idées reçues : elle retrancherait de nombreux cas de commercialité parmi les contrats et elle sup-

arrêts particulièrement formels, citons : Req., 28 janvier 1878, S. 79.I. 289 ; Chambéry, 6 juin 1881, sous Cass., 29 janvier 1883, D. P. 83.I. 314 ; Req., 21 mars 1892, D. P. 92.I.228.

(1) En réfutant ici en elle-même cette doctrine, nous abandonnons un instant notre marche logique qui est de tirer successivement les déductions que contient le principe fondamental de la théorie de l'accessoire. Rigoureusement nous devrions simplement montrer, comme nous l'avons fait du reste, que cette doctrine ne peut se déduire de la théorie de l'accessoire. Nous la réfutons directement pour n'avoir plus à revenir sur elle. Nous ferons une digression du même genre à propos d'une autre doctrine fautive, relative aux quasi-délits.

primerait jusqu'à la possibilité des délits commerciaux qui, eux certes, ne sont jamais indispensables à l'entreprise.

**§ 2. — A quelle condition un délit est-il l'accessoire
d'une exploitation commerciale ?**

Au cours du chapitre II, nous avons reconnu que les textes ne restreignaient pas leur disposition aux contrats ; qu'au contraire le mot « engagements » de l'article 631-1^o, était très général et pouvait s'appliquer à toute espèce d'obligation quelle qu'en fût la source ; mais toujours sous la condition que l'obligation ne fût pas étrangère au négoce, — en fût l'accessoire, pouvons-nous dire maintenant.

Les délits qui sont une source assez abondante d'obligations peuvent-ils être parfois l'accessoire d'une exploitation commerciale ? Ils peuvent l'être sous la même condition que les contrats, c'est-à-dire pourvu qu'ils aient une destination commerciale. Comme les contrats en effet, les délits par définition sont purement volontaires, ils ne se trouvent donc jamais en dépendance, et cela au simple point de vue logique, que vis-à-vis du but poursuivi par leur moyen ; mais aussi, ils se trouvent toujours sous cette dépendance. Quand donc un délit a été commis par un négociant en vue de favoriser son entreprise, celle-ci étant le but, le délit en est l'accessoire et comme tel, en vertu de notre théorie, il est commercial.

Une objection cependant vient à l'esprit : si le délit, en lui-même, est volontaire, l'obligation qui en dérive ne l'est pas ; elle n'a pas sa source dans un consentement donné par le coupable, mais dans ce simple fait qu'un dommage a été causé, — fait rendu fécond par ce principe : que dans une société bien organisée tout dommage causé

sans droit doit être réparé. C'est là une grave différence, au point de vue qui nous intéresse, entre l'obligation délictuelle et l'obligation contractuelle. Celle-ci a le même but que le contrat lui-même, ou plutôt c'est elle qui a pour but le négoce et qui est elle-même le but du contrat qui doit la faire naître. Au contraire, si le délit a pour but de favoriser le négoce du coupable, l'obligation délictuelle aux yeux de celui-ci n'a pas de but ; elle n'en a un qu'au point de vue social ; aux yeux du coupable elle est tout le contraire de ce qu'il a voulu, elle est un inconvénient, une charge, alors qu'il poursuivait un avantage.

Cette divergence de but entre le délit et l'obligation qui en naît est très réelle ; elle n'empêche pas cependant l'obligation délictuelle d'être l'accessoire de l'exploitation commerciale. Il suffit, en effet, que cette obligation soit dans une situation de dépendance logique vis-à-vis de celle-ci ; or elle s'y trouve quand le délit est commis en vue du négoce. En effet, le fait nocif lui-même est l'accessoire de l'entreprise, puisqu'il est vis-à-vis d'elle comme le moyen est vis-à-vis de la fin, et l'obligation à son tour dépend du fait, puisqu'elle est l'effet tandis qu'il est la cause. L'obligation délictuelle est donc bien en pareil cas la conséquence indirecte sans doute, mais certaine du négoce ; elle dépend de lui, elle en est l'accessoire. L'objection ne porte pas.

D'ailleurs, c'est bien à l'aide du critérium de la destination que les tribunaux déterminent les délits commerciaux. La concurrence déloyale, l'usurpation de nom commercial, l'usurpation d'enseigne qui sont les types de délits commerciaux par excellence sont, aussi par définition même, des délits commis par un négociant en faveur de son entreprise. Et quand le fait délictueux ne rentre pas dans

un de ces types, les tribunaux recherchent, pour fixer la qualification à donner, si le coupable a agi ou non en vue de son commerce (1).

§ 3. — A quelle condition un quasi-délit est-il l'accessoire d'une exploitation commerciale ?

Le mot *engagements* de l'article 631-1^o, peut s'appliquer aux quasi-délits comme aux délits ; mais un quasi-délit peut-il être l'accessoire d'une exploitation commerciale ? Nous avons vu au chapitre III (section 1, *in fine*) qu'un bon nombre de jugements et arrêts, formant dans leur ensemble un véritable courant de jurisprudence depuis 1840 environ jusqu'à nos jours, repoussaient absolument l'idée de quasi-délits commerciaux. Le caractère illicite du quasi-délit est un des grands arguments qu'invoque cette jurisprudence ; nous ne le réfuterons pas ici (2), puisque la question que nous examinons présentement n'est pas de savoir si le quasi-délit, quand il est l'accessoire d'une exploitation commerciale, reste cependant civil comme réfractaire à la théorie de l'accessoire, mais bien de savoir si le quasi-délit peut être l'accessoire d'une exploitation, s'y rattacher par un lien véritable. En répondant négativement à cette seconde question, la jurispru-

(1) Au chapitre VI nous étudierons en détail l'application de la théorie de l'accessoire aux délits et nous analyserons alors la jurisprudence. Cependant citons ici les arrêts qui marquent le mieux le critérium en reconnaissant la commercialité par le but du délit, celui-ci ne rentrant pas cependant dans l'un des types ordinaires de délits commerciaux : Req., 5 août 1875, D. P. 77.I.325 ; Pau, 31 mai 1878, D. P. 80.II.80 ; Req., 14 février 1882, D. P. 82.II.411. Parmi les auteurs, le critérium de la destination est proclamé par Appert, *op. cit.*, p. 312-313.

(2) Voir la réfutation de cet argument au chapitre suivant, section 2.

dence dont nous parlons trouve d'ailleurs un nouvel argument contre la commercialité possible des quasi-délits. C'est dans la thèse de M. Appert (1) que nous trouvons l'indication la plus précise de cet argument ; cet auteur fait observer que le quasi-délit, fait involontaire par définition, ne saurait avoir une destination commerciale, qu'en conséquence, il ne saurait être l'accessoire d'un commerce. Et il en conclut qu'à l'existence des quasi-délits commerciaux ne doit pas être reconnue.

D'ailleurs, si M. Appert peut invoquer à l'appui de son opinion les décisions de jurisprudence que nous connaissons, il n'ignore pas que d'autres décisions, beaucoup plus nombreuses et dont les dernières sont toutes récentes, proclament l'existence des quasi-délits commerciaux. Si on peut considérer comme l'avis de la jurisprudence, ce qui est admis par l'immense majorité des tribunaux, il faut dire que d'après elle quand un commerçant, soit par lui-même, soit par une autre personne ou par une chose dont il est responsable, cause *dans l'exercice de son commerce* un dommage, ce quasi-délit est commercial (2). MM. Lyon-Caen et Renault, M. Thaller admettent également qu'il y a des quasi-délits commerciaux et se servent du même critérium pour les reconnaître : ils examinent si le dommage a été commis ou non dans l'exercice du commerce (3). Et si nous montrons que quand un quasi-délit a

(1) *Des actes de commerce terrestre*, p. 314.

(2) Toulouse, 24 mai 1888, D. P. 89.II.162 ; Paris, 29 mai 1888, D. P. 89.II.76 ; Paris, 7 mars 1892, D. P. 92.II.340 ; Paris, 24 juin 1892, D. P. 92.II.480 ; Paris, 6 et 19 juin 1894, D. P. 95.II.7 ; Amiens, 1^{er} février 1896, D. P. 96.II.384 ; Cass., 28 octobre 1896, D. P. 97.I.583, S. 97.I.436.

(3) Lyon-Caen et Renault, I, 177 ; Thaller, *Traité élément.*, 55-3°. — Noter cependant qu'au n° 178, MM. Lyon-Caen et Renault citent,

été commis ainsi dans l'exercice du commerce, il se rattache réellement par un lien logique à l'exploitation commerciale, du même coup, nous aurons réfuté l'opinion de M. Appert et nous aurons justifié l'autre.

Or, l'exercice du commerce consiste dans tous les actes juridiques ou non juridiques que le négociant accomplit ou fait accomplir en vue de son négoce. Si un marchand ordonne à son charretier de conduire une voiture à la gare pour y déposer des marchandises, ce marchand en donnant cet ordre exerce son commerce et le charretier en l'exécutant agit dans l'exercice du commerce de son patron; tout acte qui se rattache par la volonté du commerçant à son négoce, est l'exercice du négoce. Supposons maintenant qu'un dommage quelconque résulte pour un tiers d'un tel acte, le dommage est involontaire, fortuit bien entendu, il n'en est pas moins la conséquence de l'acte. Sans doute certaines circonstances fâcheuses ont dû concourir pour entraîner ce malheur, il n'en est pas moins vrai que l'acte est pour une part au moins la cause véritable, la cause efficiente du dommage. On n'hésite pas à reconnaître le lien entre le dommage et le fait dommageable, et puisque ce dernier se rattache directement à l'exploitation commerciale par la destination, l'obligation de réparation, née du dommage causé se rattache au commerce. Elle s'y rattache indirectement, par un intermédiaire; en est-il autrement pour l'obligation délictuelle quand elle est commerciale?

Au fond, c'est la volonté du commerçant responsable qui rattache le quasi-délit au négoce; si ce commerçant

sans doute par mégarde, les motifs d'un arrêt qui exige pour que le quasi-délit soit commercial qu'il soit commis à l'occasion de rapports commerciaux préexistant entre l'auteur du dommage et la victime.

n'avait pas voulu l'acte d'où par une fatalité quelconque est résulté le dommage, celui-ci n'aurait pas suivi ; ce dommage est bien la conséquence de la résolution prise d'abord. Et ce qui montre jusqu'à l'évidence que dans le quasi-délit involontaire par définition, on doit reconnaître cependant un rôle indirect à la volonté, c'est qu'on y attache une responsabilité ; si la volonté de l'agent n'influe pas, il est absurde de le déclarer responsable et si elle influe suffisamment pour le rendre responsable, pourquoi, suivant l'intention qui l'a animé, ne suffirait-elle pas à imprimer à cette responsabilité tel ou tel caractère ?

Donc, le quasi-délit commis dans l'exercice du négoce se rattache par un lien de raison à ce négoce, il en est l'accessoire et doit être déclaré commercial. Sans doute, le quasi-délit n'a jamais par lui-même une destination commerciale ; qu'importe, s'il peut cependant se rattacher par un lien véritable à une entreprise ?

L'étude historique faite au chapitre précédent (1) nous a appris que, pendant une assez longue période, close depuis vingt cinq ans environ, le quasi-délit n'était reconnu commercial que s'il était intervenu à l'occasion de rapports commerciaux préexistant entre l'auteur et la victime. Les auteurs et les tribunaux qui admettaient l'existence des quasi-délits commerciaux ne l'admettaient qu'avec cette limitation rigoureuse. Nous pouvons considérer cette idée comme abandonnée, quoiqu'elle ait été reprise inopinément par la Cour de Bordeaux dans un arrêt récent (27 décembre 1893, D.P. 94. II. 424). Cet arrêt en effet a été cassé par la Cour suprême (11 décembre 1895, D.P. 96. I. 263) (2). Mais

(1) Voir chap. III, la fin de la section 1, et le début de la section 3.

(2) On peut citer dans le même sens que l'arrêt de Bordeaux, un jugement du Tribunal civil de la Seine du 27 mai 1895, cité aux *Annales*

cette idée a trop longtemps dirigé les esprits pour que nous ayons le droit de nous borner à constater sa disgrâce ; nous devons l'apprécier en elle-même.

Il est d'ailleurs facile de voir qu'elle n'est pas une application aux quasi-délits de la théorie de l'accessoire, ou qu'elle en est une fausse application. Il suffit, en effet, nous venons de le montrer, pour qu'un quasi-délit soit l'accessoire d'un négoce qu'il ait été commis dans l'exercice de ce négoce ; exiger plus pour qu'un quasi-délit soit commercial, c'est restreindre la théorie de l'accessoire, c'est poser une règle arbitraire qui ne se rattache à aucun principe.

On pourrait croire que cette exigence du moins est inspirée par un respect exagéré de la théorie, par un désir de la satisfaire très largement. On pourrait croire que si un quasi-délit survient à l'occasion de rapports commerciaux préexistant entre les parties, il dépend logiquement du commerce d'une manière plus étroite qu'il n'en dépendrait s'il survenait dans un acte quelconque de l'exercice du négoce. La doctrine dont nous parlons ne serait ainsi que l'exigence plus rigoureuse du lien d'accessoire à principal entre le fait et l'exploitation commerciale ; elle s'expliquerait par un scrupule, non par une erreur. Il n'en est pas ainsi. Le quasi-délit commis à l'occasion d'obligations préexistant entre les parties ne se rattache pas plus étroitement au commerce de l'agent que le quasi-délit simplement commis dans l'exercice du commerce ; ou plutôt celui-là n'est qu'un mode de celui-ci, un cas particulier. Que veut-on dire en effet quand on parle d'un dommage causé

de droit com., 1896, p. 4. Mais dans la jurisprudence récente, l'ancienne exigence est encore condamnée expressément par : Toulouse, 24 mai 1888, D. P. 89.II.162 ; Lyon, 26 décembre 1893, D. P. 95.II.182.

à l'occasion de rapports commerciaux préexistants ? On ne peut viser par là qu'un dommage résultant d'un acte amené par ces rapports ; sinon on s'expose à qualifier commercial un quasi-délit qui n'a aucun lien rationnel avec le commerce. Et si l'acte, cause du dommage, a été amené par ces rapports commerciaux préexistants, il est simplement un acte accompli en vue du commerce, et le dommage causé se rattache au commerce ni plus ni moins étroitement qu'un dommage causé dans l'exercice quelconque du commerce. Un exemple achèvera de montrer cette vérité. J'ai vendu des marchandises à Primus négociant comme moi ; j'ordonne à mon charretier de conduire chez celui-ci ces marchandises. Mon charretier cause avec sa voiture certains dommages dans l'établissement de Primus ; voilà bien un quasi-délit commis à l'occasion de rapports commerciaux préexistants. Mais ce quasi-délit se rattache-t-il plus étroitement à mon commerce que s'il avait été commis dans les mêmes circonstances au préjudice d'un tiers quelconque ? L'ancienne règle ne s'inspirait en aucune manière de la théorie de l'accessoire.

Nous ne pouvons pas nous en étonner ; nous savons que cette règle a été admise pour les quasi-délits à une époque où la théorie de l'accessoire n'existait pas encore ; qu'elle a été supplantée par l'autre critérium, celui qu'on emploie aujourd'hui, lors de l'extension de la théorie de l'accessoire en dehors du domaine des contrats (1). Mais cette substitution doit-elle être approuvée ? doit-on, comme nous le faisons, appliquer la théorie de l'accessoire aux quasi-délits ?

Observons d'abord, que l'application de la théorie de

(1) Voir chapitre III, la fin de la section 1 et le début de la section 3.

l'accessoire à tous les genres d'actes et de faits juridiques met une parfaite unité dans toute la matière que règlent les articles 631-1^o et 632 § 6 ; tous les actes de commerce fondés par ces textes se déterminent et s'expliquent à l'aide d'un seul principe ; c'est un résultat très heureux tant au point de vue pratique qu'au point de vue scientifique. On n'était pas libre d'ailleurs de régler les choses autrement : la théorie de l'accessoire, nous l'avons vu, se déduit des textes et ne comporte aucune distinction, elle doit donc être appliquée à tous les cas que visent les textes ; par sa seule généralité, elle condamne toute règle qu'on prétendrait établir en une partie quelconque de notre matière et qui ne découlerait pas d'elle.

Et en somme, à examiner en lui-même l'ancien critérium, on doit reconnaître qu'il mutilait les textes. Ce qui le justifiait devant les tribunaux, c'était cette considération que le quasi-délit survenu au milieu de rapports commerciaux préexistants se rattache spécialement à un acte de commerce, au contrat commercial qui a fait naître ces rapports (1). On aurait pu discuter cette proposition. D'abord le dommage ne se rattache pas directement à l'acte de commerce, au contrat, puisqu'il ne peut provenir que des actes matériels par lesquels on exécute ce contrat. Ensuite est-il bien sûr qu'un quasi-délit ne puisse se rattacher aussi bien à un acte de commerce, même quand il n'est pas commis au préjudice du cocontractant ? Mon charretier conduisant chez l'acheteur des marchandises que j'ai vendues, ne peut-il pas causer des dégâts chez un tiers ? Mais il y avait une critique décisive à faire : où prenait-on que le quasi-délit ne pouvait être commercial qu'à condition de

(1) Voir notamment en ce sens : Rouen, 13 avril 1853, D. P. 53.II, 114.

se rattacher à un acte de commerce ? Le Code exige simplement un quasi-délit commis à raison du commerce, non étranger au commerce, de quel droit traduisait-on cette condition large par une exigence étroite ? Ne restreignait-on pas arbitrairement la volonté du législateur ? C'est pourtant cette idée encore qui a guidé la Cour de Bordeaux dans son arrêt de 1893. Les motifs de cet arrêt disent, en effet, que la règle de l'accessoire « n'est applicable à des actes non commerciaux par eux-mêmes que tout autant que ces actes s'identifient à des contrats commerciaux par leurs causes et par leurs effets ; que par suite, dans la matière des quasi-délits, l'acte illicite ou dommageable imputé à un commerçant ne peut être réputé commercial que s'il s'est produit à l'occasion des rapports que le commerce a établis entre l'auteur et la victime ». En reprenant l'ancienne doctrine, la Cour de Bordeaux a repris l'ancienne pétition de principe.

Ce retour en arrière accompli par cette Cour n'est malheureusement pas la seule anomalie que présente la jurisprudence relativement aux quasi-délits commerciaux. Plusieurs décisions importantes et toutes récentes exigent pour reconnaître la compétence du tribunal de commerce que la victime du dommage soit un commerçant (1). On

(1) Lyon, 26 décembre 1893, D. P. 95.II.182 ; Cass., 11 décembre 1895, D. P. 96.I.263 ; Cass., 20 mai 1896, D. P. 96.V.134 ; Douai, 21 décembre 1896, *Gaz. du Palais*, 6 avril 1897. Les deux arrêts de cassation sont motivés en des termes identiques et peut-être est-ce par mégarde que la Cour suprême y parle d'un quasi-délit commis « par un commerçant au préjudice d'un autre » ; en effet, un arrêt postérieur déclare expressément que la qualité de la victime importe peu. Cass., 28 octobre 1896, D. P. 97.I.583. L'exigence de la qualité de commerçant chez la victime est également condamnée expressément par : Paris, 19 mars 1885, S. 85.II.112 ; Paris, 7 mars 1892, D. P. 92.II.340 ;

ne peut pas dire que les tribunaux soient engagés dans cette voie nouvelle, car à moins de remonter jusqu'à l'époque où on exigeait que le quasi-délit se rattachât à des relations commerciales préexistantes, on ne trouve pas de précédents à ces arrêts ; mais comme cette erreur pourrait se répandre il importe de protester contre elle.

C'est bien en effet une erreur. Nous avons démontré à la fin du chapitre second, que les mots « entre commerçants » employés par les rédacteurs du Code dans les articles 631-1^o et 632 § 6, n'avaient aucune importance, qu'ils ne restreignaient nullement la disposition de ces textes aux engagements qui se forment entre deux commerçants. Il est d'ailleurs parfaitement illogique de prendre à la lettre cette rédaction quand on applique les textes aux quasi-délits, tandis qu'on l'entend largement en ce qui touche les contrats (1). Et si l'exigence nouvelle n'est pas justifiée par les textes, elle l'est encore moins par la raison : prétendre qu'un quasi-délit ne peut être jugé par le tribunal de commerce que s'il est survenu entre deux commerçants, c'est tout simplement fonder à l'égard des commerçants un privilège de juridiction, basé sur leur qualité. Il est vrai que la Cour de Lyon à laquelle nous devons le premier des arrêts que nous critiquons, ne veut pas seulement que la victime du dommage soit un commerçant mais, en outre que le dommage ait atteint son

Paris, 19 juin 1894, D. P. 95.II.7. Implicitement, elle est condamnée par tous les arrêts qui qualifient commercial le quasi-délit dont la victime est un non-commerçant, un ouvrier du commerçant par exemple. Citons en ce sens : Paris, 6 juin 1894, D. P. 95.II.7 ; Amiens, 1^{er} février 1896, D. P. 96.II.384 ; Paris, 19 mai 1896, *Droit* du 6 septembre 1896.

(1) Voir chapitre III, début de la section 1.

commerce. Mais ici, c'est une autre idée fausse : n'est-il pas tout à fait contraire aux règles de la compétence consulaire de vouloir pour reconnaître cette compétence, qu'un acte ou un fait soit commercial à l'égard des deux parties en cause ? Pourquoi n'y aurait-il pas des quasi-délits mixtes comme il y a des contrats mixtes ? Il est arbitraire d'exiger que la victime du quasi-délit soit un commerçant, et plus arbitraire encore d'exiger que le dommage ait atteint cette victime dans son commerce.

§ 4. — A quelle condition un quasi-contrat peut-il être l'accessoire d'une exploitation commerciale ?

Les quasi-contrats sont des faits volontaires (art. 1371, C. civ.) ; il faut par conséquent leur appliquer la règle que nous avons établie pour les autres actes volontaires, pour les contrats et pour les délits : les quasi-contrats sont donc l'accessoire d'une exploitation commerciale, quand les actes d'où ils résultent ont été accomplis en vue de cette exploitation (1). Ils sont en effet l'accessoire du but poursuivi par leur moyen, ils ne peuvent se rattacher à un commerce que par leur destination.

D'ailleurs la réception de l'indû et la gestion d'affaires, sont apparemment les seuls quasi-contrats qui puissent se rattacher ainsi à une exploitation commerciale ; chacun d'eux exige une observation spéciale.

La réception de l'indû fait naître une obligation de restitution qui, analogue en cela à l'obligation de réparation qui naît d'un délit, engage l'obligé sans son consentement.

(1) En ce sens : Appert, *Des actes de commerce terrestre*, p. 311 ; MM. Lyon-Caen et Renault, I, 177 et M. Thaller, *Traité élém.*, 55, appliquent implicitement cette règle à la réception de l'indû ; ils ne s'expliquent pas quant à la gestion d'affaires.

Primus débiteur de Secundus à la suite d'opérations commerciales, remet à celui-ci en paiement une somme de six mille francs ; il reconnaît après coup qu'il ne devait que cinq mille francs. Secundus est donc son débiteur de mille francs pour réception d'une somme indue et comme Secundus a reçu en acquit d'une créance commerciale, par conséquent en vue de son commerce, il est tenu commercialement d'après la règle posée il y a un instant. Mais si le fait de la réception se rattache bien au commerce de Secundus, parce qu'il a été voulu à raison du commerce, en est-il de même de l'obligation de restituer qui elle n'a pas été consentie, puisque Secundus a reçu par erreur plus qu'il ne lui était dû ? Nous devons répondre ici comme pour les obligations délictuelles, que l'obligation née sans le consentement de l'obligé d'un fait voulu par lui, se rattache cependant indirectement mais réellement au négoce : le fait se rattache au négoce comme le moyen à la fin et l'obligation au fait comme l'effet à la cause.

La gestion d'affaires ne soulève aucune difficulté quant à l'obligation qui naît à la charge du gérant. Si celui-cien gérant l'affaire d'autrui a pensé à son propre commerce, si par exemple, il s'est occupé des affaires d'un de ses débiteurs commerciaux pour sauvegarder la solvabilité de ce débiteur, l'obligation de rendre compte dont il est tenu est commerciale. Mais presque toujours, la gestion d'affaires fait naître aussi une obligation à la charge du maître, l'obligation d'indemniser le gérant des dépenses faites par lui. Quelle est la nature de celle-ci ? On décide que cette obligation est commerciale quand le gérant a agi dans l'intérêt du commerce du maître, quand par exemple il s'est occupé des affaires commerciales de celui-ci. Au premier abord, cette solution semble contraire à la règle d'a-

près laquelle l'acte pour être commercial doit se rapporter non au commerce d'un tiers, mais à celui de l'agent lui-même. Ce n'est qu'une apparence ; quand le gérant agit dans l'intérêt du commerce du maître, à son point de vue la gestion n'est pas commerciale pour cela, elle reste civile si elle n'est pas en même temps dans l'intérêt de son propre commerce. Mais au point de vue du maître, l'obligation d'indemniser le gérant est commerciale parce qu'elle se rattache à son commerce, parce qu'elle en est la conséquence ; le gérant n'est intervenu qu'à raison de ce commerce. Le seule anomalie véritable en ceci, c'est que le lien d'accessoire à principal au lieu d'être créé par la volonté de l'obligé lui-même est créé par la volonté d'un tiers, le gérant ; mais aucun principe n'empêche le lien ainsi formé de produire son effet.

§ 5. — Les obligations légales peuvent-elles être l'accessoire d'une exploitation commerciale ?

Cette question est en général négligée par les auteurs. Elle n'est point traitée dans les ouvrages actuels ou récents et pour trouver une indication sur ce point, nous sommes obligés de remonter dans le passé jusqu'au *Traité de la juridiction commerciale* de M. Orillard. « Parmi les engagements qui se forment sans qu'il intervienne aucune convention, dit cet auteur, les uns résultent de l'autorité seule de la loi, les autres sont imposés par la loi à l'occasion d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé ou à celui envers qui l'autre obligé. Les premiers sont toujours étrangers au commerce par leur nature (1). »

(1) Orillard, *op. cit.*, 194 et 195. — L'opinion d'Orillard est suivie au *Supplément au Répertoire* de Dalloz, v^o *Acte de commerce*, n^o 442.

Nous n'acceptons pas cette opinion qui nous semble absolument arbitraire. Pour quelle raison les obligations qui ont leur fondement dans la seule autorité de la loi ne pourraient-elles jamais être commerciales ? Supposons que le législateur crée une obligation toute spéciale à une certaine profession commerciale, à raison du rôle que joue cette profession dans la société, de son importance ou des abus auxquels elle peut donner lieu, cette obligation ne sera-t-elle pas à l'égard de tous ceux qui embrasseront cette profession l'accessoire de leur entreprise ? le lien logique entre cette obligation et cette entreprise ne sera-t-il pas évident ? On dira que le consentement de l'obligé n'intervient pas ; est-ce une objection après ce que nous avons dit des délits et des quasi-délits et d'ailleurs ne peut-on pas dire que l'individu s'enchaîne lui-même dans cette obligation légale en embrassant la profession visée et qu'il accepte cette obligation en vue de son commerce ?

On dira que la dépendance entre l'obligation et l'entreprise commerciale est établie non par la volonté de l'intéressé, mais par une volonté étrangère, celle du Législateur ; cette dépendance est-elle moins étroite pour cela ? Et à propos de la gestion d'affaires ne venons-nous pas de voir l'obligation du maître rattachée à son négoce par la volonté d'un tiers, celle du gérant ?

A notre avis, le lien d'accessoire à principal entre une obligation légale et une entreprise commerciale est évidemment possible.

Nous ne prétendons pas d'ailleurs qu'en fait il soit facile de citer des exemples. Sans doute les commerçants comme tels sont tenus de tenir des livres, de publier leur contrat de mariage ; ce sont là des devoirs accessoires à leur exploitation, mais ce ne sont pas de vraies obligations, les

mettant en présence d'un créancier et les exposant, s'ils ne les respectent pas, à être poursuivis devant le tribunal de commerce. Les bouchers, les boulangers doivent tenir toujours leur boutique achalandée et peuvent être astreints à respecter une taxe municipale ; mais un particulier peut-il les contraindre à se soumettre à ces obligations par la sanction des dommages-intérêts ?

Nous croyons cependant pouvoir citer un exemple de véritable obligation légale qui soit l'accessoire d'un commerce. Il s'agit d'une obligation qui grevait les entreprises de messageries, d'une obligation qui par conséquent ne se rencontre plus pratiquement aujourd'hui, puisque les Compagnies de chemins de fer ont supplanté toutes ces entreprises. Cette obligation résultait de l'article 1^{er} de la loi du 15 ventôse an XIII : « A compter du 1^{er} messidor prochain, disait ce texte, tout entrepreneur de voitures publiques et de messageries qui ne se servira pas des chevaux de la poste sera tenu de payer par poste et par cheval attelé à chacune des voitures, 0,25 au maître du relai dont il n'emploiera pas les chevaux. » Nous ne voyons pas comment on aurait pu s'opposer à l'application de la théorie de l'accessoire à cette obligation si elle avait été proposée ; mais elle ne pouvait l'être, parce qu'à l'époque où cette obligation existait encore pratiquement, la théorie n'était pas encore sortie du domaine des contrats (1).

(1) Par arrêt en date du 18 janvier 1816 (Dalloz, *Répertoire*, v^o *Compétence comm.*, 126, note 4) la Cour de Liège refusa de reconnaître la commercialité de cette obligation. Depuis la Cour de cassation a semblé admettre la commercialité, mais dans l'espèce qu'elle jugeait des conventions étaient intervenues entre les parties (Req., 23 janvier 1860, D. P. 60.I.143).

SECTION IV. — Quels rapports de fait les actes accessoires à une entreprise commerciale ont avec elle ? — Vérification de la théorie de l'accessoire.

Nous avons déterminé les conditions sous lesquelles les actes et faits juridiques des différents genres deviennent l'accessoire d'une exploitation commerciale et à ce titre, en vertu de la théorie de l'accessoire, deviennent commerciaux par relation. Nous avons de cette manière préparé l'application de notre théorie à tous les cas particuliers. Mais ce travail avait pour but immédiat de poser les bases d'une contre-épreuve de cette théorie et le moment est venu d'en tirer profit à ce point de vue. En recherchant en effet si les actes et faits qui satisfont aux conditions ainsi fixées ont vraiment des rapports avec l'exploitation commerciale, non plus des rapports logiques, abstraits (nous n'allons examiner que les actes qui en présentent de tels), mais des rapports de fait, nous verrons, si au point de vue pratique comme au point de vue théorique, notre doctrine s'adapte exactement aux textes et ne désigne vraiment comme commerciaux que des actes non étrangers au négoce. Si nous constatons l'existence de ces rapports de fait, la théorie de l'accessoire sera justifiée par l'expérience aussi bien qu'à la section II du présent chapitre elle a été justifiée par le raisonnement.

Supposons d'abord un contrat qui soit l'accessoire d'une exploitation commerciale, c'est-à-dire, d'après le critérium que nous avons fixé, un contrat dont la destination soit de servir les intérêts ou les besoins de cette exploitation. Primus par exemple a acheté des machines pour sa manufacture. N'est-il pas évident que cet achat a forcément une influence sur les affaires de Primus, que même

il peut avoir une très grosse influence ? Ces machines ont coûté un certain prix qui va figurer aux frais généraux et augmenter le prix de revient des produits manufacturés. D'autre part elles fournissent une part du travail industriel et par là elles favorisent plus ou moins les affaires de Primus.

Nous n'entendons point d'ailleurs raisonner sur un cas particulier : un instant de réflexion nous montrera que forcément quand un contrat est passé en vue de l'exploitation commerciale il influe sur elle.

Comment en effet le négociant est-il amené à passer un tel contrat sinon en considérant les avantages que ce contrat pourra procurer à son entreprise ? A moins qu'il ne soit fou, comment pourra-t-il consentir en vue de son négoce une convention qui ne peut pas influencer sur lui ?

Tout contrat passé par un négociant en vue de son commerce lui est forcément apparu comme indispensable ou au moins comme utile à ce commerce. On dira que cette influence prévue avant l'acte peut ne pas se produire après coup, que le négociant peut se tromper dans ses calculs ; c'est parfaitement vrai, mais alors l'influence prévue en bien se produit en mal. Il se trouve que l'opération que le négociant jugeait indispensable ou utile ne donne en fait aucun bon résultat ; ce n'est pas une raison pour que le négociant ne porte pas en ses frais généraux ce que lui a coûté cette opération. Si un marchand pour attirer les acheteurs fait à son étalage des embellissements coûteux et que par la suite ces embellissements ne lui attirent pas un surcroît de clientèle, les dépenses faites n'en alourdiront pas moins ses affaires et pourront même entraîner sa ruine.

Tout contrat passé en vue d'un négoce influe d'une manière directe et importante sur ce négoce

Un délit est l'accessoire d'une exploitation commerciale quand il est commis en vue de favoriser cette exploitation. Par exemple, si un négociant pour améliorer ses propres affaires, s'efforce de faire tort à un concurrent et le diffame, il commet un délit de concurrence déloyale qui se rattache à son commerce. Et ce lien ne manque pas de produire des conséquences de fait. Le coupable profite le plus souvent du mal qu'il a fait ; il est rare en effet qu'un homme malhonnête soit en même temps assez maladroit pour assumer la responsabilité d'une faute qui ne doit pas lui profiter et quand un négociant peu scrupuleux attaque la réputation d'un concurrent, usurpe un nom commercial ou une enseigne, il est rare qu'il le fasse en pure perte et que le résultat ne réponde pas à son attente. On dira que ce profit commercial tiré du délit est tout à fait injuste ; c'est reconnaître qu'il existe, que par conséquent le délit influe sur l'entreprise et c'est la seule question qui se pose ici (1).

Mais du reste les délits qui se rattachent à une exploitation commerciale n'influent pas seulement en bien sur elle, mais aussi en mal. Ils entraînent l'obligation de réparer le dommage et cette obligation pèse-t-elle sur autre chose que sur l'entreprise ? Le négociant qui à raison de son commerce a encouru une responsabilité, en fera naturellement supporter le poids par son commerce ; il comptera la somme qu'il aura dû déboursier dans ses frais généraux.

Les quasi-délits ne sauraient favoriser l'entreprise commerciale, mais les obligations qui naissent d'eux, comme celles qui naissent des délits, la gênent et l'alourdissent,

(1) Sur la question de savoir si le caractère illicite des délits et quasi-délits est un obstacle à la commercialité, voir chap. V, section 3.

ce qui est bien une manière d'influer sur elle. Qu'on ne dise pas que le négociant attribuant au hasard les dommages qu'il cause involontairement dans l'exercice de son commerce, les réparera avec des capitaux puisés dans sa fortune particulière et non dans ses fonds commerciaux. Le commerçant ne peut pas ne pas considérer ces obligations de dommages-intérêts comme des diminutions de ses bénéfices ; il sait trop bien que ces accidents sont la suite de son entreprise, qu'ils ne se seraient pas produits sans elle, et il portera en ses frais généraux les sommes que ces accidents lui coûtent.

Les mêmes observations s'appliquent aux quasi-contrats qui résultent d'actes accomplis en vue du commerce et qui par suite, d'après ce que nous avons dit au paragraphe 4 de la section précédente, en sont l'accessoire. Si un négociant reçoit en acquit d'une créance commerciale plus qu'il ne lui est dû, il profite momentanément d'une augmentation de son capital, il profite, irrégulièrement sans doute, très réellement néanmoins, d'une somme qui entre aussitôt dans le mouvement des affaires ; et en sens inverse le jour où ce négociant doit restituer ce qu'il a reçu indûment, son capital est amoindri, la facilité de ses affaires plus ou moins diminuée. Si un individu dans l'intérêt de son propre commerce gère l'affaire d'autrui ; cette gestion ne peut manquer d'influer sur ses affaires comme influencerait un véritable contrat ; et si la gestion est faite dans l'intérêt du commerce du maître, auquel cas elle est commerciale au regard de celui-ci, elle favorise ce commerce et en même temps le charge de l'obligation de désintéresser le gérant.

Enfin une obligation légale qui serait mise seulement à la charge de la profession de commerçant en général ou

d'une profession commerciale déterminée (c'est à ces conditions qu'une obligation légale pourrait être l'accessoire d'un commerce), une telle obligation ne générerait-elle pas les entreprises auxquelles elle s'attacherait ? N'aurait-elle pas avec elles d'étroits rapports de fait ?

Ces diverses observations montrent que tout engagement de quelque genre qu'il soit, qui se rattache à une exploitation commerciale, et en est l'accessoire, influe positivement sur elle. Mais en sens inverse, nous pouvons constater une influence aussi effective de l'exploitation sur un tel engagement.

Massé disait que tout contrat accessoire d'un commerce contient en lui une spéculation accessoire, et à ce titre devient lui-même en un sens un fait de commerce (1). Cette proposition est juste. Du moment qu'un négociant agit en vue de son entreprise, il abandonne forcément toute idée de désintéressement, il pense aux avantages qui résulteront pour lui de son acte, et il calcule le profit pécuniaire auquel aboutiront finalement ces avantages. Sans doute, si l'acte n'est pas commercial par lui-même, le négociant qui l'accomplit n'en attend pas un bénéfice direct, immédiat ; mais certainement il en attend un bénéfice plus ou moins prochain. Le marchand qui embellit son étalage, peut-il le faire avec une idée autre que celle de s'attirer de nouveaux clients ? Et les dépenses auxquelles il se résout lui sont-elles suggérées par un autre esprit que celui de lucre !

C'est le même esprit de lucre qui inspire les délits commerciaux et qui les distingue des délits civils (2). Le

(1) Massé, *Droit commercial*, 968.

(2) On dira que le vol ordinaire est inspiré aussi par l'esprit de lucre. Mais l'esprit de lucre qui anime le voleur n'est pas le même que celui

commerçant malhonnête les commet pour améliorer ses affaires, pour leur donner de l'extension et en définitive pour accroître ses bénéfices. Il les commet après des calculs tout à fait analogues à ceux qu'il fait avant de passer un contrat ; dans l'un comme dans l'autre cas, il pense au profit pécuniaire qui résultera pour lui de la combinaison de ses opérations. On ne conçoit pas un délit de concurrence déloyale, d'usurpation de nom ou d'enseigne sans l'esprit de spéculation et de lucre pour l'inspirer.

Les quasi-délits résultant de l'exercice du commerce sont l'accessoire de ce commerce. Assurément les opérations matérielles qui tendent à assurer le service du commerce et qui sont justement ce qu'on entend par l'exercice du commerce sont accomplis aussi avec la pensée du bénéfice à obtenir finalement ; ils participent à l'esprit de lucre qui anime toute l'entreprise. Dira-t-on que le quasi-délit lui-même n'y participe pas ? C'est vrai si on le considère séparément de l'opération qui l'a occasionné. Mais ce n'est pas ainsi qu'il doit être envisagé, car aux yeux du commerçant responsable il ne se distingue pas de cette opération, il en est la suite fatale, il fait corps avec elle. Le fait dommageable considéré à part n'est pas inspiré par l'esprit de lucre, même il n'est inspiré par aucun esprit puisqu'il est involontaire ; mais il est indissolublement lié à une opération qui, elle, a été accomplie en vue du commerce et par conséquent en vue d'un profit à réaliser au

qui pousse un commerçant à commettre un délit commercial. Le voleur cherche simplement un avantage immédiat ; le commerçant poursuit un profit qui doit résulter de son commerce et non lui venir immédiatement. L'esprit de lucre des commerçants n'est pas fait seulement d'un désir de gain, mais aussi de combinaison d'opérations diverses, de calcul.

moins indirectement. On peut dire qu'à ce point de vue le quasi-délit commis dans l'exercice du négoce diffère de caractère d'avec le quasi-délit commis dans la vie civile (1).

Quant aux quasi-contrats, l'influence qu'exerce sur eux l'exploitation commerciale à laquelle ils se rattachent est très visible. Si je gère l'affaire d'autrui dans l'intérêt de mon propre commerce, à coup sûr, c'est que je compte en tirer un profit plus ou moins prochain, et si je gère l'affaire d'un commerçant dans l'intérêt de celui-ci, c'est que je compte également qu'il en tirera profit. Dans les deux cas, il y a une spéculation véritable quoique indirecte. Et si je reçois par erreur une somme qui ne m'est pas due en acquit d'une créance commerciale que je crois exister, avec quelle pensée ai-je accepté ce paiement, sinon avec celle de rentrer en possession d'un capital qui va favoriser mes affaires ?

Quant à l'obligation légale qui pourrait être mise spécialement à la charge d'une profession commerciale déterminée, il est clair que le législateur aurait soin de concilier son étendue et sa rigueur avec les intérêts du commerce et qu'il s'efforcerait de ne point trop diminuer les profits des entreprises qu'il en grèverait.

Notre examen est donc en tous points favorable à la théorie de l'accessoire. Tous les actes et faits juridiques qu'elle désigne comme commerciaux ont d'étroits rapports de fait avec le commerce de celui qui les accomplit ou qui est obligé par eux. Tous influent sur ce commerce et sont

(1) Si on pense qu'à proprement parler le quasi-délit commis accessoirement à une entreprise commerciale ne subit pas l'influence de celle-ci, il reste cependant qu'il influe sur elle comme nous l'avons montré ; et cela suffit pour empêcher qu'il ne soit étranger au négoce.

influencés par lui. Dans toutes ses conséquences, notre théorie se conforme à la pensée du législateur en n'attribuant le caractère commercial qu'à des engagements non étrangers à l'entreprise commerciale; l'expérience confirme pleinement la raison, la théorie de l'accessoire s'adapte rigoureusement aux textes.

SECTION V. — La commercialité qui résulte de la théorie de l'accessoire est réelle, non personnelle. — Commercialité des actes accessoires à un commerce futur.

A la section 4 de notre chapitre second, nous avons établi que malgré l'apparence contraire, les articles 634-1^o et 632 § 6 organisent en faveur des tribunaux de commerce une compétence non personnelle, mais réelle; que si les actes qu'un commerçant accomplit sont commerciaux, ce caractère ne dérive pas pour eux de la qualité de leur auteur, mais bien des attaches qui les relient au commerce.

Maintenant que nous connaissons à fond la théorie de l'accessoire et que nous lui avons assigné pour base unique ces mêmes articles 634-1^o et 632 § 6 il est clair que pour l'accorder en tous points avec ceux-ci, nous devons reconnaître le caractère réel de la commercialité qu'elle détermine (1). Si donc les actes qu'un commerçant accomplit accessoirement à son commerce sont commerciaux, ce n'est point parce que leur auteur est commerçant, c'est uniquement parce qu'ils sont l'accessoire du commerce. La théorie de l'accessoire précise ce qui est contenu con-

(1) Nous avons montré à la section 3 *in fine* du chapitre III que l'idée de la compétence réelle tend actuellement à gagner l'opinion. On trouvera en ce même endroit l'indication des partisans et des adversaires de cette idée.

fusément dans les textes ; elle nous révèle l'élément objectif qui est le fondement de commercialité ; cet élément, c'est le rapport logique d'accessoire à principal qui rattache l'acte au négoce.

Et grâce aux observations que nous avons rassemblées dans la section précédente, nous pouvons remarquer ici que cette conception se justifie à merveille au point de vue pratique. A ce point de vue en effet, s'il est permis de considérer jusqu'à un certain point comme commerciaux les actes et faits de tous genres qui se rattachent à une entreprise commerciale, ce ne peut être qu'en considération de l'influence qu'ils exercent sur elle et de celle qu'en sens inverse ils subissent venant d'elle, comme nous l'avons constaté. La qualité de leur auteur ne leur ajoute rien et ne les rend pas plus intéressants aux yeux de l'économiste. Notre droit se conforme donc exactement à la réalité en ne les qualifiant commerciaux et en ne les traitant comme tels (1) qu'en considération du lien qui les rattache à l'entreprise et qui établit justement le contact d'où résulte l'influence réciproque. C'est un argument de plus en faveur de l'interprétation que nous avons donnée aux textes.

La commercialité que fonde la théorie de l'accessoire étant réelle, si un acte est accompli accessoirement à un commerce, par un individu qui n'a pas la qualité de commerçant, l'acte est cependant commercial. Cette solution

(1) Nous n'examinons pas ici la question de savoir si les actes accessoires au commerce sont pratiquement assez commerciaux, intéressent suffisamment le commerce, pour mériter le régime du droit commercial. En d'autres termes, nous ne nous demandons pas ici si le Législateur a bien ou mal fait de reconnaître les actes de commerce par relation. Cette question se trouvera à sa place dans notre conclusion.

dépasse les textes, puisque les articles 631-1° et 632 § 6 parlent seulement des « engagements, transactions, obligations entre négociants, marchands et banquiers ». Mais en dépassant les textes, bien loin de les violer, elle n'est que leur saine interprétation. Les actes qu'un commerçant accomplit accessoirement à son négoce sont commerciaux et le sont uniquement à cause de ce lien d'accessoire à principal. Mais alors les textes ne sont qu'une conséquence (1) d'un principe général suivant lequel ce rapport logique rattachant un acte à une exploitation commerciale est un fondement suffisant de commercialité. La conséquence étant dans la loi, le principe y est aussi et il faut appliquer le principe en considérant que la loi a statué, comme elle le fait souvent : *de eo quod plerumque fit*.

Reconnaissons donc sans hésitation que si un acte se rattache à un commerce futur, s'il est accompli par conséquent par un individu qui n'a pas encore la qualité de commerçant, il est cependant commercial (2). Et le cas n'est pas chimérique ; ce n'est pas imaginer une hypothèse impossible que de concevoir l'accessoire précédant le principal. Tout au contraire, si on considère que pour les contrats et les délits par exemple, le rapport d'accessoire à principal n'est autre que celui de destination, de moyen à fin, on voit qu'un contrat ou un délit accessoire à une entreprise commerciale précède toujours le prin-

(1) Nous ne disons pas une « application » ; ce mot ferait supposer que les rédacteurs du Code ont connu la théorie de l'accessoire. Voir chapitre II, section 1.

(2) En ce sens Labbé, note dans Sirey, 79.I.289 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, I, 174 ; Appert, *Des actes de commerce terrestre*, p. 301.

cipal. Non pas qu'un tel contrat ou un tel délit doive toujours être passé ou commis avant le début de l'entreprise, mais parce qu'il se rattache non aux opérations actuelles de l'entreprise mais aux opérations futures qui seules pourront en subir les conséquences bonnes ou mauvaises. Il est donc très certain qu'un contrat ou un délit peut se rapporter à un commerce non encore entrepris. Nous pourrions en dire autant des quasi-contrats, mais nous ne pensons pas que pratiquement l'observation aurait beaucoup d'utilité. Quant aux quasi-délits, ils ne sont l'accessoire du négoce que s'ils résultent des opérations matérielles qui font partie de son exercice; ils supposent donc un négoce déjà en cours d'exercice.

L'achat d'un fonds de commerce pour l'exploiter est le cas type du contrat accessoire à un commerce futur. Le caractère commercial de cet acte est d'ailleurs reconnu par les auteurs et par la jurisprudence; mais celle-ci a généralement le tort de ne pas le justifier par la théorie de l'accessoire (1). D'autres exemples de contrats accessoires à un commerce futur et reconnus commerciaux comme tels, nous sont fournis par la jurisprudence récente; citons le louage d'un fonds de commerce (Cass., 21 mars 1892, S. 93.I.229), l'emprunt contracté pour créer un commerce (Paris, 28 décembre 1893, D. P. 94.II.500); l'achat de matériel pour une industrie qu'on organise (Douai, 5 juillet 1898, *Gaz. Trib.*, 10 nov. 1898).

Il semble bien que les tribunaux n'ont pas eu encore à déterminer le caractère civil ou commercial de délits se

(1) Voir cependant : Paris, 18 janvier 1862, D. P. 62.V.7. Au chapitre VI, section 1, § 1 où nous étudierons l'application de la théorie de l'accessoire au contrat de vente, la jurisprudence et la doctrine relatives à l'achat d'un fonds de commerce seront analysées.

rapportant à un commerce futur ; mais, pour donner un exemple, si un individu avant de se mettre aux affaires diffamait un futur concurrent pour se ménager un succès plus facile, on se trouverait bien là en présence du délit commercial de concurrence déloyale.

On pourrait voir une objection à l'application de ces règles dans la difficulté qu'éprouvera souvent le tribunal à reconnaître si l'acte litigieux se rattache ou non au commerce. Mais en pareil cas le tribunal a une ligne de conduite toute tracée : l'acte n'étant pas couvert par la présomption de commercialité puisque son auteur n'est pas encore commerçant, les juges doivent exiger du demandeur une preuve décisive du lien qui rattache l'acte au commerce futur. Si cette preuve n'est pas fournie, l'acte doit être déclaré civil et les juges n'ont pas à se mettre en peine pour chercher des indications que l'intéressé ne leur donne pas. C'est ainsi que la Cour de Paris a déclaré civil l'emprunt contracté par un étudiant en pharmacie en cours d'études, soi-disant pour son futur établissement ; le prêteur qui voulait se faire rembourser n'avait point montré que l'emprunteur avait songé indubitablement à son commerce (Paris, 4 févr. 1891, *Ann. Dr. com.*, 91, jurispr., p. 101) (1).

Pour suivre leur idée dans toutes ses conséquences les partisans de la compétence personnelle doivent refuser de reconnaître la commercialité des actes accessoires à un commerce futur. Puisque suivant eux les actes accessoires du négoce sont commerciaux à raison de la qualité de leur auteur, si l'auteur de tels actes n'est pas négociant, ils doivent être déclarés civils. Et, en effet, c'est seulement

(1) Comparez Montpellier, 10 août 1883, S. 84, II.36.

depuis quelques années, depuis que l'idée de la compétence réelle tend à se répandre, que les tribunaux reconnaissent la commercialité des actes accessoires à un commerce futur ; auparavant ils les qualifiaient civils (Angers, 21 mars 1867, S. 68.II.215 ; Dijon, 15 avril 1879, S. 79.II.290) (1).

Il faut aussi avec cette idée et pour la même raison qualifier de civil l'achat d'un fonds de commerce pour l'exploiter et plusieurs fois cette fâcheuse conséquence elle-même a été admise (Req., 24 avril 1861, D. P. 61.I.256 ; Rennes, 31 mars 1892, D. P. 93.II.79). Il est vrai que l'achat d'un fonds de commerce donne à l'acheteur une profession commerciale et que, par suite, si on veut bien ne pas entendre trop strictement l'article 1 du Code de commerce, il rend l'acheteur commerçant.

Cette observation au premier abord semble concilier la commercialité de l'achat d'un fonds de commerce avec l'idée d'une compétence personnelle (2).

Ce n'est, à notre avis, qu'une apparence. Si l'achat d'un fonds de commerce donne à l'acheteur la qualité de commerçant, comment cette qualité pourrait-elle à son tour

(1) On objectera qu'un arrêt de Toulouse du 15 juillet 1825 (Dalloz, *Répert.*, v^o *Acte de com.*, n^o 215, note 1) déclare commerciale la commande de travaux pour une usine en cours d'installation et qu'un arrêt de Paris du 18 janvier 1862 (D. P. 62.V.7) déclare commercial l'achat d'un fonds de commerce. Mais il faut remarquer que ces deux arrêts invoquent simplement pour motifs : la relation au négoce, la destination au négoce. C'est donc parce que, dans ces deux cas les juges ont accepté implicitement la compétence réelle qu'ils ont pu déclarer commerciaux des actes accessoires à un commerce futur.

(2) M. Thaller, partisan de la compétence personnelle, semble s'être placé à ce point de vue pour admettre la commercialité de l'achat d'un fonds de commerce (*Traité élém.*, 73). — Dans le même sens, Lyon, 15 mars 1856, D. P. 56.II 201.

imprimer un certain caractère à l'acte? Comment la qualité de commerçant qui dérive de l'acte, qui lui est subordonnée, pourrait-elle en même temps le couvrir et le modifier? La qualité suit l'acte, elle ne peut en même temps le précéder. Sans doute dans l'ordre du temps l'acte et la qualité de commerçant se posent en un même instant, coexistent, si on veut; mais dans l'ordre logique, l'acte passe le premier et ne saurait subir l'influence de ce qui vient derrière lui; il est civil ou commercial dans le principe.

La doctrine de la compétence personnelle ne permet donc point d'expliquer par la théorie de l'accessoire le caractère commercial de l'achat d'un fonds de commerce. Heureusement, au point de vue pratique, les tribunaux dans l'ensemble l'ont proclamé cependant en invoquant d'autres motifs dont nous apprécierons la valeur quand nous étudierons spécialement l'application de la théorie de l'accessoire à l'achat d'un fonds de commerce (1).

Nous devons d'ailleurs noter un cas où la doctrine de la compétence personnelle permet cependant de déclarer commercial l'acte quelconque relatif à un commerce futur.

(1) Voir chapitre VI, section 1, § 1. — Nous ne prétendons point que ces autres motifs aient été imaginés spécialement pour échapper aux conséquences de la conception personnelle de la théorie de l'accessoire. Les premiers arrêts qui déclarèrent commercial l'achat d'un fonds de commerce sont d'avant 1850 c'est-à-dire d'une époque où la théorie de l'accessoire n'était pas encore répandue en jurisprudence. A la vérité, on chercha d'abord à justifier du mieux qu'on pût la commercialité de l'achat d'un fonds de commerce, à cause du grand intérêt pratique. Quand la théorie de l'accessoire fut connue, on ne put recourir à elle parce que très généralement on la concevait comme fondant une commercialité personnelle. Telle est l'explication des singulières divergences de motifs que nous aurons à constater quand nous étudierons la jurisprudence relative à la question.

C'est le cas où cet acte est accompli non par un individu mais par une société. Du jour où une société est constituée en vue du commerce, même si l'entreprise ne commence pas sur le champ, elle est commerciale, c'est-à-dire qu'en tant que personne morale elle est commerçante (il faut bien l'admettre du moins) et cette qualité couvre les actes accomplis accessoirement au commerce futur (Paris, 11 août 1874, D. P. 75. II. 38).

De même que l'acte accessoire à un commerce futur, l'acte accessoire à un commerce passé, théoriquement au moins, doit être déclaré commercial. Nous considérons comme telle par exemple la vente d'un fonds de commerce qui ne serait plus exploité depuis un certain temps. Mais un contrat peut-il être l'accessoire d'un commerce passé ? N'avons-nous pas dit qu'à raison même du lien qui le met en dépendance à l'égard du commerce et qui est celui de moyen à fin, le contrat précède toujours ce dont il est l'accessoire ? C'est qu'à vrai dire le contrat qui suit une série d'opérations commerciales terminée n'est pas l'accessoire de ces opérations mais de l'entreprise qui, sortie de la période d'activité dure encore comme être de raison et influe encore sur les actes de l'individu. Quand l'exercice du commerce a pris fin, il reste à réaliser les capitaux qui peuvent se trouver engagés soit dans le fonds de commerce soit dans le matériel industriel etc. L'ex-négociant, qui, un certain temps après avoir quitté les affaires, vend son fonds ou son matériel, agit bien encore en vue de son entreprise dont il cherche à tirer les derniers bénéfices. Et cette réalisation de capitaux se présente encore comme un but à atteindre, comme quelque chose de futur. Avec cet éclaircissement, on peut voir que nous ne tombons pas en contradiction avec nous-même en soutenant qu'un

contrat peut être l'accessoire d'un commerce passé après avoir dit que tout contrat accessoire à un commerce se rattache à quelque chose de futur.

Dans la pratique d'ailleurs, on pourra le plus souvent admettre que l'individu qui cessant son commerce n'a pas sur le champ liquidé à fond son entreprise, a par là même introduit dans son patrimoine civil les objets et valeurs de toutes sortes qu'il a conservés, et que, s'il les vend ensuite, il réalise non des capitaux commerciaux, mais des capitaux civils. La Cour de Paris a en ce sens déclaré civil le mandat par lequel un ex-négociant avait chargé un tiers de recouvrer d'anciennes créances nées de son commerce (7 août 1886, *Pand. fr.*, 87.II.204).

Il faut accepter comme une dernière conséquence de la commercialité réelle une solution que MM. Lyon-Caen et Renault ont été les premiers à donner (1). Ces auteurs enseignent que les opérations qui se rattachent à un acte de commerce isolé accompli par un non-commerçant sont commerciales. A première vue, il semble difficile d'accorder cette solution avec les textes ou plutôt avec la restriction sous-entendue dans les textes. Les rédacteurs du Code n'ont jamais songé qu'à des commerçants agissant et par conséquent à des actes se rapportant à un commerce, à une exploitation et non à un acte de commerce isolé. Mais ce qui justifie la commercialité des actes accessoires à un négoce, c'est l'influence qu'ils exercent sur ce négoce et c'est celle qu'ils subissent en retour venant de lui. Or, l'acte accessoire à un acte de commerce isolé est à ce point de vue pratique aussi intéressant que l'acte accessoire à une entreprise. Qu'un simple particulier par

(1) *Traité*, I, 174 bis. MM. Lyon-Caen et Renault ont été suivis par Appert, *op. cit.*, p. 302.

exemple achète un stock de grains pour le revendre et qu'il soit obligé de contracter un emprunt pour faire face à l'échéance ; assurément les conditions de l'emprunt modifieront en bien ou en mal le résultat définitif de l'opération et inversement ces conditions seront débattues par l'emprunteur avec la pensée de diminuer le plus possible ses charges pour augmenter ses bénéfices, avec une pensée de lucre par conséquent. Dès lors il ne nous paraît point téméraire d'élargir la loi dans le sens des observations de fait qui la justifient et d'admettre que la relation avec un acte de commerce isolé est aussi puissante en droit qu'elle l'est en fait. MM. Lyon-Caen et Renault pour établir leur solution n'essayent point, comme nous venons de le faire, de la rattacher aux textes fondamentaux de la matière ; mais ils invoquent l'article 91 du Code de commerce qui qualifie de commerciale la constitution de gage se rattachant à une dette commerciale quelconque même isolée. Et il est vrai que ce cas consacré par la loi correspond bien à leur règle ; mais cet article 91 édicté dans une loi spéciale où on ne s'occupait que du gage, se prête-t-il bien à une généralisation ? Ne peut-on pas lui enlever toute portée en observant qu'il a pu être inspiré par des considérations particulières à l'espèce ?

A l'appui de cette solution, nous pouvons invoquer non, à vrai dire, un arrêt, mais une proposition contenue dans les motifs d'un arrêt récent. Le 28 décembre 1893 la Cour de Paris avait à fixer le caractère d'un emprunt contracté pour créer un commerce ; il s'agissait d'un acte accessoire non à un acte de commerce isolé, mais à un commerce futur et la Cour le déclara commercial comme tel. Mais dans les motifs nous relevons l'affirmation suivante, très favorable à l'opinion de MM. Lyon-Caen et Renault :

« Le prêt constitue un véritable acte de commerce lorsque, quelles que soient du reste, la qualité du prêteur et celle de l'emprunteur, il a pour objet une *opération* en elle-même commerciale » (Paris, 28 décembre 1893, *Pand. fr.*, 94.II.279, D. P. 94.II.500).

Nous concluons très brièvement ce chapitre en essayant de condenser dans une formule la théorie de l'accessoire maintenant justifiée et analysée. Et pour rappeler à la fois que la commercialité est fondée uniquement sur la relation d'accessoire à principal ; — que cette relation doit se former non avec le commerce d'un tiers quelconque mais avec celui de l'obligé ; — que d'ailleurs, la théorie comporte l'application la plus large à tous les genres d'actes, nous dirons : « Tout engagement contracté ou subi, par un individu commerçant ou non, accessoirement à son commerce, est commercial (1). »

(1) Voir au chapitre I^{er} les formules employées par les principaux auteurs et par la jurisprudence.

CHAPITRE V

RESTRICTIONS GÉNÉRALES QUE SUBIT LA THÉORIE DE L'ACCESSOIRE.

Depuis le début de cette étude sur les actes de commerce par relation, nous avons cherché non à déterminer ces actes eux-mêmes mais à fixer la teneur et le fondement de la théorie de l'accessoire. Cette théorie est en effet le pivot sur lequel repose tout le groupe des actes de commerce par relation ; il était juste d'éprouver sa solidité et de mesurer la largeur du fondement qu'elle offre, avant d'examiner ce qu'elle soutient. Cette besogne essentielle achevée, il nous suffira d'appliquer les règles que nous avons fixées pour explorer rapidement et sans danger de méprise le vaste ensemble que forment les actes de commerce par relation.

Nous ne pouvons cependant entreprendre ce nouveau travail si différent du précédent, aussi pratique que celui-ci était théorique, avant d'avoir recherché, comme l'annonce la rubrique de ce chapitre V, si la théorie de l'accessoire ne subit point certaines restrictions d'ordre général ; si son champ d'application naturel, qui n'est autre que l'ensemble des actes et faits juridiques productifs d'obligations, n'est point diminué par certains obstacles. Repérer d'avance ces obstacles, apprécier leur force de résistance, reconnaître les passages qu'ils laissent libres, tels sont les seuls moyens d'éviter qu'ils ne deviennent pour nous des écueils.

SECTION I. — Ce qu'il faut entendre par restrictions générales à la théorie de l'accessoire.

Pour justifier le choix des questions que nous allons examiner, il importe d'indiquer avec précision ce que nous entendons par restrictions générales à la théorie de l'accessoire. En le faisant du reste, nous ne procéderons pas seulement à un travail préliminaire, mais nous aurons l'occasion de qualifier exactement la situation de certains actes qui tout en n'étant jamais commerciaux par relation, ne doivent cependant pas être considérés comme réfractaires à la théorie de l'accessoire.

Quand un acte reste civil, bien qu'il ait été accompli par un négociant, il ne faut point sans examen attribuer ce fait à une restriction subie par la théorie de l'accessoire. Celle-ci ne dit point en effet que tout acte accompli par un négociant est commercial ; elle dit qu'un acte devient commercial s'il se rattache au commerce de son auteur. Et si l'acte litigieux est qualifié civil non pour une raison spéciale et puisée en dehors de la théorie, mais simplement parce qu'il ne se rapporte pas au commerce de son auteur, il est clair que la non-commercialité de cet acte bien loin d'être une exception imposée à la théorie, s'explique par la théorie elle-même sagement entendue et sagement appliquée. Les actes que la théorie elle-même chasse du domaine du droit commercial ne sont point des actes qui lui résistent, mais bien des actes qui lui obéissent.

Au contraire, quand un acte reconnu l'accessoire d'une exploitation commerciale conserve cependant le caractère civil, quelle que soit d'ailleurs la cause de cette anomalie,

on se trouve vraiment en présence d'une restriction imposée à la théorie de l'accessoire. Ce n'est plus celle-ci qui abandonne l'acte au régime du droit civil, c'est une règle étrangère, quelle qu'elle soit du reste, qui tient la théorie en échec et qui l'empêche de s'appliquer. Il ne faut donc considérer comme restrictions à la théorie de l'accessoire que les principes, les règles quelconques, spéciales ou générales, qui entrant en conflit avec la théorie de l'accessoire ne doivent point céder devant elle et lui imposent des exceptions.

Cette distinction est d'ailleurs claire par elle-même ; nous n'aurions pas eu à l'indiquer s'il n'existait des actes qui ne devenant jamais commerciaux par relation semblent être réfractaires à la théorie de l'accessoire, alors qu'ils se trouvent simplement repoussés par la théorie elle-même. Ainsi les partages de succession ou de communauté, les arrangements de famille, les contrats de mariage ne sont jamais commerciaux par relation. Est-ce parce que la nature assez spéciale de ces divers actes les soustrait forcément au droit commercial ? Il est vrai qu'ils s'accommoderaient mal de celui-ci et que s'il pouvait être question de les qualifier actes de commerce, on pourrait hésiter. Mais à bien voir les choses, la véritable explication de leur immuable caractère civil est qu'ils ne tombent jamais dans le champ d'application de la théorie de l'accessoire. Ces actes ne sont pas de ceux dont le but varie suivant les circonstances et peut-être parfois l'utilité du commerce ; ils n'ont leur raison d'être que comme règlements d'intérêts à un point de vue purement civil (1) ; ils ne sont jamais

(1) Sans doute le négociant peut songer à ses affaires commerciales en acceptant une succession, en réglant les clauses de son contrat de mariage, en constituant la dot d'un de ses enfants. Mais cette vue n'est

conclus en vue du négoce, même quand ils sont conclus par des commerçants et par suite, très naturellement et en vertu même de la théorie de l'accessoire, ils ne sont jamais commerciaux.

De même, il faut se garder de croire que les actes désintéressés sont des actes qui résistent à la théorie de l'accessoire. On pourrait être conduit à cette idée fausse par cette considération que les actes désintéressés ne sont jamais commerciaux par relation ; qu'ils ne sont jamais non plus commerciaux par eux-mêmes ; que commercialité et désintéressement sont deux termes qui s'excluent. S'il est impossible de découvrir parmi les actes de commerce par relation un seul acte qui soit désintéressé, c'est qu'il ne se trouve parmi eux que des actes accomplis en vue du négoce ; or, comme nous l'avons montré au cours du chapitre précédent (1), ce rapport de destination qui unit l'acte au commerce, fait que l'acte participe d'une certaine manière à l'esprit de spéculation qui anime toute l'entreprise. Aussi dès qu'un acte est l'accessoire d'un commerce, il cesse, quel qu'il soit, d'être désintéressé. Les actes désintéressés échappent à la commercialité par relation non à raison d'une règle qui ferait échec à la théorie de l'accessoire, mais parce que par définition, ils ne satisfont point aux exigences de cette théorie.

La seule observation juste qu'il y ait lieu de faire concernant les actes désintéressés est que les contrats aux-

évidemment que secondaire pour lui. Avant tout, il songe à affirmer ses droits d'héritiers, à régler les conditions selon lesquelles il administrera les biens de sa femme et en jouira, à établir son fils ou sa fille. Voir en ce sens un jugement du tribunal civil de la Seine du 2 mai 1898 (*Gaz. Trib.*, 13 août 1898) qui a déclaré civil l'acte par lequel un père avait constitué en dot à sa fille son fonds de commerce.

(1) Voir chapitre IV, section 4.

quels ce caractère est essentiel ne sont jamais commerciaux par relation ; s'ils le deviennent, ou mieux s'ils ont l'air de le devenir, c'est que perdant parfois leur caractère désintéressé, ils perdent du même coup leur caractère spécifique pour dégénérer en une convention d'un autre genre. Ainsi une donation, acte essentiellement libéral, ne peut être commerciale par relation. Mais sous l'aspect d'une donation peut se dissimuler une convention innommée quelconque susceptible comme toute autre de commercialité. Il serait d'ailleurs difficile de citer une autre exemple. La constitution de gage par un tiers, le cautionnement, l'acceptation de mandat sont souvent des actes désintéressés ; mais ce caractère n'est point de leur essence. On peut fort bien par exemple dans son propre intérêt, pour soutenir une affaire à laquelle on participe, cautionner la dette d'un tiers. Le prêt à usage, l'acceptation de dépôt sont des actes gratuits (art. 1876 et 1917, C. civ.), mais nous reconnaitrons au cours du prochain chapitre que la gratuité n'implique pas le désintéressement (1).

A la différence des actes désintéressés, s'il est vrai de dire, mais c'est un point à vérifier, que les actes et faits illicites ne peuvent pas être commerciaux par relation, ces actes constituent une véritable exception à la théorie de l'accessoire. Rationnellement en effet, reconnaître qu'un acte est illicite ce n'est point reconnaître qu'il ne peut être l'accessoire d'aucun commerce ; la première de ces constatations ne mène nullement à la seconde et de fait nous avons établi au cours du chapitre précédent que les délits et quasi-délits peuvent se rattacher à une entreprise commerciale (2). Si donc l'illicéité des actes et notamment celle

(1) Voir chapitre VI, section 1, § 5 et 6.

(2) Voir chapitre IV, section 3.

des délits et quasi-délits les empêche de devenir commerciaux par relation, — nous le supposons simplement, — ce n'est point en vertu de la théorie de l'accessoire, mais en vertu d'une règle étrangère à cette théorie, d'une règle qui devra donc être considérée comme une restriction à la théorie de l'accessoire. De même, si comme cela est généralement admis, les opérations immobilières ne peuvent devenir commerciales par relation, c'est encore par exception à la théorie : une opération immobilière peut fort bien être accomplie par un négociant en vue de son commerce, à preuve l'achat d'un magasin pour y déposer des marchandises. Enfin les actes qui relèvent du droit administratif et qui semblent généralement ne pouvoir être jamais commerciaux, sont eux aussi des actes réfractaires à la théorie de l'accessoire : leur caractère administratif ne les empêche pas de se rattacher à un commerce. Ainsi la concession de la voie ferrée à construire est pour la compagnie de chemin de fer qui l'accepte un acte accessoire à son commerce futur. Si elle reste soumise au droit administratif, ce n'est pas en vertu de la théorie de l'accessoire, mais à raison de règles spéciales aux marchés et concessions de travaux publics.

. La théorie de l'accessoire subit bien d'autres restrictions. Mais seules les trois questions que nous venons d'indiquer nous semblent assez générales pour être examinées ici. Ne se rattachant spécialement à aucun genre particulier d'actes, elles ne pourraient être traitées à propos d'un contrat, ou à propos des délits ou quasi-délits sans occasionner de fâcheuses digressions. En les examinant ici, nous établirons les principes qu'il nous suffira de rappeler par la suite le cas échéant. Au contraire les autres restrictions que subit ou paraît subir la théorie de

l'accessoire ne portent que sur des points de détail, sur les délits de contrefaçon de brevets ou de marques, par exemple, sur la constitution de gage, sur le cautionnement donné en forme d'aval (1), etc. Leur examen viendra tout naturellement au cours du prochain chapitre à mesure que nous suivrons l'application de la théorie de l'accessoire aux divers genres d'actes et de faits juridiques.

SECTION II. — Les actes et faits illicites résistent-ils à la théorie de l'accessoire ?

La question que nous examinons ici n'est point provoquée par la lecture des divers ouvrages où est exposée la théorie de l'accessoire ; nous n'avons pas à citer le nom d'un auteur qui ait prétendu que l'illicéité fait obstacle à l'application de cette théorie. Mais à propos des conditions requises pour acquérir la qualité de commerçant, M. Alauzet dans son *Commentaire du Code de commerce* (I, 24) expose que si un fait est contraire à la loi pénale, il est un délit ou un crime et non un acte de commerce ; qu'un fait n'est point davantage un acte de commerce, « si en dehors des prévisions de la loi pénale il est réprouvé par l'honnêteté publique, parce qu'il ne peut donner naissance ni à obligation d'aucune sorte, ni à aucune action en justice ». Et M. Alauzet revient sur cette idée en divers endroits de son ouvrage (I, 147 et VI, 3004). D'autre

(1) Il faut considérer comme des restrictions à la théorie de l'accessoire même les règles qui, loin de favoriser le droit civil ou une autre branche du droit au détriment du droit commercial, soumettent au contraire tel ou tel acte au droit commercial, mais en écartant les conditions qu'impose la théorie et en les remplaçant par d'autres ; ainsi pour le gage l'article 91 du Code de commerce et pour l'aval l'article 142.

part M. Bozérian dans son livre intitulé *La Bourse* (I, 385 *bis*), énonce la proposition suivante : « L'opération de bourse qui n'est pas sérieuse n'est pas plus commerciale que civile. C'est un acte délictueux. Cet acte est justiciable du Code pénal plutôt que du Code civil ou du Code de commerce. Le tribunal civil est compétent, non parce que la cause est civile, mais parce qu'il a plénitude de juridiction. »

Il va de soi que la théorie de M. Alauzet, exposée d'ailleurs en termes généraux, s'applique aussi bien aux actes de commerce par relation qu'aux actes de commerce par eux-mêmes ; il va de soi également que si la pensée de M. Bozérian est juste, elle doit être généralisée. C'est ainsi que se pose la question de savoir si la théorie de l'accessoire subit une restriction du chef des actes illicites. Nous avons déjà dit du reste que, suivant un certain courant de jurisprudence (1) faible il est vrai, mais cependant intéressant, les quasi-délits commerciaux n'existent pas et que la considération du caractère illicite des quasi-délits contribue certainement à entretenir ce courant. Il importe donc de trancher la question.

Dans une note insérée au recueil de Sirey (85.I.241) M. Labbé a affirmé en manière de réfutation de l'opinion de M. Bozérian « que l'incompatibilité entre ce qui est illicite et ce qui est commercial n'est pas exacte ». C'est d'ailleurs l'opinion courante (2). Mais, à notre avis, cette exécution sommaire ne suffit point pour faire justice des propositions de M. Alauzet et de M. Bozérian, surtout il ne suffit point, comme le fait ensuite M. Labbé, d'allé-

(1) Voir chapitre III, section I, et chapitre IV, section 3, § 3.

(2) Massé, *Droit commercial*, II, 963 ; Lyon-Caen et Renault, I, 103 *bis* ; Appert, *Des actes de commerce terrestre*, p. 224 et suiv.

guer l'existence des délits commerciaux pour établir que l'illicéité n'est pas un obstacle à la commercialité. C'est simplement trancher la question par la question. Disons-le sur le champ : nous n'approuvons pas toute la pensée de M. Alauzet et de M. Bozérian, mais il y a dans cette pensée une bonne part de vérité.

D'une part, en effet, il est bien certain que tout acte illicite est nul, que juridiquement il n'existe pas puisqu'il ne doit produire aucun effet. Est-il moins certain d'autre part que ce qui n'existe point ne saurait avoir aucune qualité, aucune manière d'être ? *Prius est esse quam esse tale*. Il nous semble parfaitement juste de dire qu'un acte illicite, nul par conséquent, n'a aucun caractère, n'est pas plus commercial que civil. Voilà la part de vérité.

Et maintenant faut-il admettre comme le dit expressément M. Bozérian, comme le sous-entend à coup sûr M. Alauzet, que le tribunal civil seul doit connaître des actes illicites ? Le tribunal civil, il est vrai, a plénitude de juridiction ; cela lui permet-il de connaître d'actes qui n'existent pas ? Cette difficulté soulevée par la nécessité de trouver un tribunal compétent, au moins pour prononcer la nullité de l'acte, nous suggère une observation qui corrige ce que l'opinion de nos deux auteurs a d'excessif et qui justifie aussi la solution pratiquement admise selon laquelle l'illicéité de l'acte ne détruit pas la compétence du tribunal de commerce.

L'acte illicite est nul sans doute, et c'est pour cette raison qu'il n'est point commercial. Mais au moment où l'un de ceux qui l'ont passé le soumet à l'appréciation du tribunal de commerce soit pour en obtenir l'exécution, soit pour en faire prononcer la nullité, cette nullité qui va être invoquée comme moyen d'attaque ou de défense n'est pas

encore reconnue ; l'acte, provisoirement est valable, sinon il n'y aurait possibilité ni de l'invoquer comme titre, ni de l'attaquer. Mais si la nullité n'est pas encore établie, elle ne produit pas encore son effet destructif et comme elle seule empêche la commercialité, il faut admettre que l'acte traité provisoirement comme valable doit aussi être traité provisoirement comme commercial.

Du reste, il est en quelque sorte impossible au tribunal de commerce de se dessaisir en alléguant l'illicéité. Du moins il ne peut le faire qu'en tranchant le litige au fond sous couleur de ne trancher que la question de compétence. Si, en effet, il se déclare incompétent parce que l'acte est illicite et nul, il donne aux plaideurs la solution de la question qu'ils posaient : l'acte est-il valable ou non ?

Donc tant qu'un jugement n'a point prononcé l'illicéité d'un acte, cet acte doit comme tout autre être qualifié commercial s'il se rattache à un commerce. Quand l'illicéité est reconnue, la théorie de l'accessoire ne peut plus s'appliquer, ce qui est d'ailleurs assez peu intéressant puisque, l'acte étant annulé, il ne peut plus y avoir lieu de le qualifier.

Les conventions illicites qui sont en même temps l'accessoire d'un commerce, ne sont d'ailleurs point rares. Les négociants sont exposés, par exemple, à stipuler en faveur de leurs affaires quand ils en ont l'occasion, des conventions contraires à la liberté du commerce et de l'industrie. Les syndicats qui se forment entre négociants de même catégorie pour amener une élévation de prix, sont d'une régularité douteuse. Les conditions qui sont toujours imposées au vendeur d'un fonds de commerce par l'acheteur pour éviter sa concurrence, deviennent illicites si elles sont trop

rigoureuses, si par exemple, elles comportent interdiction pour le vendeur d'exercer jamais plus et en aucun lieu un commerce semblable (Paris, 14 janvier 1889, D. P. 90.II. 289). Les commerçants peuvent encore dans les contrats par lesquels ils engagent leurs employés et ouvriers porter atteinte à la liberté du travail ; ainsi l'engagement imposé à un inspecteur de Compagnie d'assurances de ne jamais se mettre au service d'une autre Compagnie (Req., 2 mai 1882, D. P. 83.I.168), l'obligation imposée à un ouvrier de ne jamais et en aucun lieu travailler chez un autre patron (Cass., 11 mai 1858, D. P. 58.I.219) et toutes stipulations aussi rigoureuses sont nulles.

Toute l'argumentation qui précède, et aussi les exemples que nous venons de donner, indiquent que jusqu'à présent nous n'avons examiné la question d'illicéité qu'au point de vue des contrats. Elle se pose également pour les délits et quasi-délits puisqu'ils peuvent comme les contrats se rattacher à un négoce. Mais sur ce second point, elle ne soulève aucune difficulté. En effet l'illicéité qui rend les contrats nuls est, au contraire, le fondement de l'existence juridique des délits et quasi-délits. Si ceux-ci font naître une obligation de réparation, c'est parce qu'ils causent *injustement* des dommages. Cette opposition des effets de l'illicéité à l'égard des conventions d'une part, à l'égard des délits et quasi-délits d'autre part peut paraître singulière, elle est au fond parfaitement justifiée. Ces deux règles inverses en effet procèdent d'un même principe, à savoir que le droit doit s'opposer aux conséquences des actions injustes. Pour cette même raison, d'une part, les conventions illicites sont nulles et ne produisent aucun effet, d'autre part les délits et quasi-délits dont on ne peut éviter les conséquences puisqu'elles existent en fait, engendrent une

obligation de réparation qui compense le préjudice causé et efface ces conséquences mauvaises.

Si à l'égard des délits et des quasi-délits, l'illicéité loin d'être un vice de droit est au contraire leur fondement, il est clair qu'elle ne fait point obstacle pour eux à la commercialité et qu'elle n'impose à leur sujet aucune restriction à la théorie de l'accessoire. Nous savons d'ailleurs que l'existence des délits et des quasi-délits commerciaux est reconnue depuis longtemps, en doctrine et en jurisprudence (1).

N'étudiant ici que les exceptions générales à la théorie de l'accessoire, nous ne nous sommes occupé de l'illicéité qu'en tant qu'elle paraissait imposer une limitation à la théorie. Parfois l'illicéité s'oppose à la commercialité par relation, non comme limitation, mais au contraire comme application de la théorie. C'est lorsque au lieu d'affecter l'acte accessoire, elle affecte l'entreprise à laquelle se rattache l'acte. Un commerce illicite n'est pas un commerce, puisque les agissements qu'il comporte ne constituent point des actes juridiques valables et repoussent toute qualification. Dès lors, les actes qui s'y rapportent accessoirement ne se rattachent pas à un commerce et ne satisfont point à la théorie de l'accessoire. Ainsi les actes qui se rapportent à l'exploitation d'une maison de tolérance, à une entreprise d'usure, à une entreprise de contrebande ne sauraient être commerciaux par relation ; ils sont civils. Même encore faut-il, pour qu'ils le soient, que l'illicéité de l'exploitation qu'ils favorisent ne s'oppose pas à leur validité.

Cette observation finale nous est suggérée par le contrat

(1) Voir chapitre III, section 1,

de société qui est nul, lorsque son objet n'est point licite (art. 1833, C. civ.).

SECTION III. — Actes portant sur des immeubles.

Il est facile d'imaginer des actes qui aient des immeubles pour objet et qui en même temps se rattachent accessoirement à une exploitation commerciale. Le négociant qui achète ou qui loue un magasin pour pouvoir y déposer ses marchandises, l'industriel qui achète une usine pour l'exploiter ou qui fait construire un atelier, le marchand qui commande des travaux d'embellissement ou de réparation pour sa boutique, tous ces individus, dans ces cas et dans les cas analogues, accomplissent des actes qui sont relatifs à leur négoce et qui en même temps portent plus ou moins directement sur des immeubles. Dans ces hypothèses, la théorie de l'accessoire s'applique-t-elle et produit-elle son effet ordinaire : le caractère commercial de l'acte ? ou bien au contraire la nature de l'objet que vise l'acte n'influe-t-elle pas pour exiger, malgré la destination commerciale, le régime du droit civil ?

Si nous soulevons cette question, si nous supposons ainsi que les opérations immobilières peuvent offrir une certaine résistance à l'application de notre théorie, c'est que tous les auteurs en exposant celle-ci, enseignent qu'elle reste impuissante devant ces opérations et ne saurait leur imprimer le caractère commercial. Il est très généralement admis que les opérations immobilières ne peuvent pas être commerciales par relation, pas plus qu'elles ne peuvent être commerciales par elles-mêmes (1). Il est indispensable que nous contrôlions cette doctrine.

(1) Thaller, *Traité élément.*, 64 ; Appert, *op. cit.*, p. 304 ; Lyon-Caen

L'article 634-1°, qui est le fondement de la théorie de l'accessoire et des actes de commerce par relation, n'indique aucune restriction ni quant aux opérations immobilières, ni quant à aucune autre espèce d'actes. Eclairé par la théorie, il attribue sans distinction le caractère commercial à tous les actes qui sont accomplis accessoirement à un commerce; l'expérience seule va donc nous montrer que les opérations immobilières doivent être laissées à part.

Supposons en effet un achat d'immeuble, consenti en vue d'une exploitation commerciale, qui serait qualifié commercial. Il est visible que cette qualification n'aurait guère de sens; elle annoncerait un acte soumis au droit commercial alors que par tous les côtés un achat d'immeuble serait forcément retenu sous le droit civil? Où sont en effet les règles du droit commercial concernant le transfert de la propriété foncière et la transcription, concernant le privilège du vendeur et son inscription, concernant les questions d'éviction et de garantie, de droits réels augmentant ou diminuant l'immeuble, d'hypothèque, de purge? Serait-il juste de qualifier commercial un acte qui resterait si complètement engagé dans le droit civil? Sans doute, comme conséquence de la commercialité, le tribunal consulaire serait compétent, mais ce serait une anomalie de plus: les hommes qui composent les tribunaux de commerce, grâce au mode de leur

et Renault, I, 172; Labbé, note dans Sirey, 1879.I.289; Moreau, note dans Sirey, 1865.I.153. — Cependant M. Garsonnet (dans la *Revue critique*, 1869, t. 35) a soutenu que les opérations immobilières peuvent être commerciales par elles-mêmes et aussi par relation. M. Ruben de Couder dans son *Dictionnaire* (V° *Acte de commerce*, 91, *in fine*) se montre favorable à cette opinion.

recrutement, offrent une sérieuse garantie de connaissance des usages et des règles du commerce tandis qu'ils peuvent ignorer tout le droit civil, surtout ces points du droit civil qui n'ont aucun rapport avec le droit commercial. En outre, la compétence du tribunal consulaire écarterait la procédure civile, ses sages lenteurs et ses précautions et lui substituerait la procédure commerciale simple et rapide sans doute, mais aussi bien peu appropriée à faire jaillir la lumière sur des questions aussi subtiles et aussi compliquées. La commercialité d'un achat d'immeubles, illusoire en très grande partie, serait fâcheuse par l'endroit où elle produirait effet.

Cette considération ne serait peut-être pas suffisante pour permettre de soustraire les achats et ventes immobilières à l'influence de la théorie de l'accessoire, si elle ne révélait autre chose que des inconvénients pratiques. Mais, qu'on le remarque bien, si le caractère commercial semble si peu compatible en fait avec ces actes, c'est qu'en droit il obligerait à méconnaître un principe fondamental. Dans notre pays, en effet, la protection de la propriété foncière est souverainement et exclusivement confiée à la garde des tribunaux civils. Sans doute cette règle n'est écrite nulle part; mais elle est tellement imposée par l'esprit de toute notre législation qu'il faut la considérer cependant comme rigoureuse et inviolable. Ne la voyons-nous pas du reste respectée et par suite implicitement affirmée par le droit administratif? L'expropriation pour cause d'utilité publique qui est bien le fait où l'action de la puissance publique s'affirme le plus brutalement et semble permettre les plus graves infractions à toutes les règles du droit individuel, ne peut cependant s'opérer sans l'intervention du tribunal civil. C'est celui-ci qu;

prononce l'expropriation après s'être assuré que toutes les garanties de forme et de procédure ont été données à l'intérêt particulier (1). Et plus généralement la compétence des tribunaux administratifs dans une question quelconque, cesse aussitôt que la propriété foncière est en jeu (2). Le droit commercial ne doit-il pas se tenir sur la même réserve? Ce serait singulier: l'intérêt du commerce est-il plus puissant que celui de l'Etat? Et en fait certains textes du Code de commerce nous montrent qu'en matière commerciale comme ailleurs, le législateur a pensé que les questions de propriété foncière devaient toujours rester confiées aux tribunaux civils. D'après l'article 487, quand au cas de faillite une transaction intervient entre le syndic et un tiers, elle doit être homologuée par le tribunal de commerce si elle est relative à des droits mobiliers, par le tribunal civil si elle est relative à des droits immobiliers. L'article 639 inséré au Code par une loi du 3 mars 1840, fixe sans distinction à 1.500 francs le taux de la compétence en dernier ressort des tribunaux de commerce; si on compare ce texte à l'article 1^{er} de la loi du 11 avril 1838 qui règle pour les tribunaux civils la compétence en dernier ressort, on voit que ce second texte distingue entre les actions personnelles et mobilières pour lesquelles le taux est de 1.500 francs et les actions immobilières pour lesquelles le taux est de 60 francs de revenu. Si le texte du Code de commerce

(1) Dans l'Ancien droit et dans le Droit intermédiaire, l'Administration et ses tribunaux agissaient seuls. La règle actuelle a été posée par la loi du 8 mars 1810, remplacée depuis par les lois des 22 juillet 1833 et 3 mai 1841.

(2) Voir Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, livre III, chap. III.

rédigé le second ne fait aucune distinction et assigne au taux de la compétence un mode d'évaluation qui ne convient qu'aux actions mobilières, c'est que les tribunaux de commerce ne doivent jamais connaître d'actions immobilières.

Ce serait donc violer gravement une des règles fondamentales sur lesquelles s'appuie l'ordre des diverses juridictions que de confier au tribunal de commerce la connaissance d'une question quelconque influant sur la propriété foncière. Pareille dérogation aux principes ne peut être admise que dans les cas particuliers où l'on se trouve en présence de textes formels et spéciaux, comme le sont par exemple pour les hypothèques et privilèges en matière de faillite les articles 446-448 combinés avec l'article 635 du Code de commerce. Et pour cette raison les achats et ventes d'immeubles, même faits en vue du commerce, ne doivent pas être qualifiés commerciaux (1).

En dirons-nous autant de la location d'immeubles ? La plupart des auteurs enseignent que cet acte résiste également à la théorie de l'accessoire (2) ; mais nous pensons

(1) La jurisprudence, nous le verrons quand nous étudierons l'application de la théorie de l'accessoire au contrat de vente, déclare civil l'achat d'immeuble conclu en vue du commerce (voir chap. VI, section I, § 1). Observons en passant qu'à raison du principe que nous venons d'établir les mutations foncières résistent d'une manière absolue à toute commercialité et par conséquent non seulement à celle qui devrait résulter de la relation d'accessoire à principal mais aussi à celle qui devrait résulter de la forme de l'auteur (actes des sociétés commerciales par leur forme, article 6 de la loi du 1^{er} août 1893). Une controverse intéressante a surgi sur le caractère des opérations immobilières de ces sociétés ; voir Thaller, article dans les *Annales de droit commercial*, 1894 ; Lacour, note dans Dalloz, 95.2.107).

(2) Thaller, *Traité élément.*, 61 ; Appert, *op. cit.*, p. 304 ; Lyon-Caen et Renault, I, 172 ; Moreau, note dans Sirey, 1865, I, 153 ; Alauzet,

que cette opinion s'inspire d'une trop grande prudence. Assurément dans une location l'objet joue un rôle important ; il ne peut être tenu pour chose secondaire puisqu'il est la raison même du contrat. Mais quelle que soit l'importance de l'immeuble dans une location d'immeuble, selon notre Droit cependant il n'est pas engagé directement dans le contrat. Le louage ne fait naître que des droits personnels (1), des créances respectives entre le locataire et le bailleur ; il n'engendre point de droits réels et par suite ne modifie nullement le régime juridique de l'immeuble ; le droit de propriété n'est pas touché par lui ; le louage d'immeuble ne réalise point une mutation foncière. Dès lors, quelle raison y a-t-il pour le déclarer essentiellement civil, quand nous avons invoqué pour toute raison à l'égard des achats et ventes d'immeubles le changement de propriété foncière ? Ni l'article 487 ni l'article 639 ne s'opposent à ce que le tribunal de commerce puisse connaître d'une location d'immeuble ; ces textes écartent de la juridiction consulaire les droits réels immobiliers, la location d'immeubles ne fait naître que des droits personnels mobiliers.

On dira que pour sauver la location d'immeubles, nous

Comment. du Code de commerce, n° 2999 ; Orillard, *Compét. et procédure des tribunaux de commerce*, 187. *Contrà* : Boistel, *Précis de droit com.*, 49 (implicite) ; Labbé, note dans Sirey, 1879.1.289 (implicite, M. Labbé parlant des opérations immobilières ne parle que des mutations foncières) ; Dutruc, *Dictionnaire*, v° *Acte de com.*, 89 (implicite).

(1) L'article 1743 du Code civil a fait naître une discussion sur ce point. Mais la doctrine et la jurisprudence l'ont si bien condamnée que la personnalité du droit du preneur à bail peut être considérée comme un point des moins douteux. Voir Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. III, n°s 703 et 704. Les baux emphytéotiques font naître un droit réel, mais il est à peine besoin de faire observer que ces baux ne sont pas en usage auprès des commerçants.

avons à dessein passé sous silence un autre argument plus large qu'on peut donner pour justifier le caractère civil des opérations immobilières, celui que fournit l'article 632 § 1. Ce texte sur lequel est établie la commercialité de l'achat pour revendre ou pour louer et de la location pour sous-louer exige que l'opération porte sur des denrées et marchandises, et il en résulte que la location d'un immeuble pour le sous-louer est tout aussi civile que l'achat d'un immeuble pour le revendre.

Or, n'est-il pas logique également que les achats et locations qui sont simplement en relation avec le négoce portent aussi sur des « denrées et marchandises » pour qu'ils puissent être qualifiés commerciaux ?

C'est en effet à dessein que nous avons laissé de côté cet argument, mais aussi ce n'est point sans de bonnes raisons. L'article 632 régit les actes de commerce par eux-mêmes, l'article 631-1^o régit les actes de commerce par relation ; en principe, ces deux genres d'actes répondant à des conceptions tout à fait différentes, les dispositions du premier texte ne doivent pas servir à compléter le second et vice versa. Dans l'article 632, le législateur a déterminé les conditions auxquelles les actes qu'il indique portent en eux des éléments suffisants de commercialité pour être commerciaux entre toutes personnes ; les actes de commerce par relation n'ont pas à satisfaire à ces conditions, puisque par définition même, ils ne doivent pas à eux-mêmes leur commercialité, mais qu'au contraire, ils la reçoivent du dehors. Avant donc de transporter dans l'article 631-1^o les mots « denrées et marchandises » employés dans l'article 632 § 1, il faut voir si ces mots n'expriment pas simplement une condition spéciale à la commercialité absolue.

Or, effectivement M. Thaller pense que si les opérations immobilières ne peuvent être commerciales par elles-mêmes, c'est que les immeubles ne se prêtent pas à la circulation et que l'essence du commerce consiste dans la circulation des biens (1). Avec cette interprétation de l'article 632 § 1, combiner ce texte avec l'article 631-1° ce serait supprimer la distinction entre la commercialité absolue et la commercialité relative, ce serait admettre que les actes de commerce par relation doivent satisfaire aux conditions des actes de commerce par eux-mêmes, ce serait les détruire comme groupe distinct.

Il est vrai que la pensée de M. Thaller n'est pas acceptée par tous. Beaucoup d'auteurs pensent que les spéculations sur les immeubles sont au point de vue économique tout aussi commerciales que les spéculations sur les meubles (2). Mais ceux-là en même temps doivent admettre que la restriction de l'article 632 § 1 se justifie simplement par le dessein de laisser les immeubles sous la loi civile, de respecter le régime civil de la propriété foncière. Ainsi expliquée la disposition restrictive de l'article 632 § 1 peut et doit même venir compléter l'article 631-1°, mais aussi elle ne doit plus exclure du nombre des actes de commerce (tant des actes de commerce par eux-mêmes que des actes de commerce par relation) que les opérations qui touchent

(1) Thaller, *Traité élément.*, 18. — M. Thaller suit d'ailleurs les conséquences de son idée. Au n° 61 de son livre, pour expliquer la résistance des opérations immobilières à la théorie de l'accessoire, il invoque non l'article 632 § 1, mais l'incompétence des tribunaux de commerce en ce qui concerne toute question de propriété immobilière. Malgré cela, il cite la location d'un magasin comme exemple d'opération immobilière restant toujours civile.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, I, 110 ; Appert, *op. cit.*, p. 211 et suiv.

à la propriété immobilière, que les mutations foncières.

On voit maintenant pourquoi nous n'avons pas argumenté sur l'article 632 § 1 ; c'est que ou bien il se justifie par une considération économique qui ne peut influer sur les actes de commerce par relation, ou bien il se justifie par le principe du respect de la propriété foncière et alors il mène simplement à la conclusion à laquelle nous sommes arrivé plus rapidement en invoquant directement le principe.

Les termes de l'article 632 § 1, s'ils peuvent empêcher que la location d'immeubles ne soit jamais commerciale par elle-même (1), n'empêchent pas qu'elle ne devienne commerciale par relation quand elle est passée en vue d'une exploitation commerciale (2).

Observons d'ailleurs que le caractère essentiellement civil de la propriété foncière étant la seule vraie limitation de la théorie de l'accessoire en fait d'opérations ayant des immeubles pour objet, il faut reconnaître également la commercialité des marchés de travaux passés par les négociants même quand ces travaux doivent consister dans des constructions et dans des réparations d'immeubles. Ces contrats en effet ne touchent nullement aux droits réels immobiliers ; ils ne font naître que des obligations de faire. De même l'assurance des bâtiments, contre les incendies

(1) Ils l'empêchent avec l'interprétation qu'en donne M. Thaller. Quant aux auteurs qui croient que les opérations immobilières sont économiquement aussi commerciales que les autres et que la restriction contenue dans l'article 632 § 1 s'explique uniquement par le respect de la propriété foncière, ils devraient reconnaître même en droit positif la commercialité de la location d'immeubles pour sous-louer.

(2) Nous verrons au chapitre VI, section I, § 1, que les tribunaux tendent présentement à reconnaître la commercialité de la location d'immeuble en vue du négoce.

et les risques divers, est commerciale si elle se rattache au commerce, elle n'engendre que des obligations pécuniaires. En étudiant l'application de la théorie de l'accessoire aux contrats de louage de choses, de louage de services, d'assurance, nous reviendrons sur ces questions et aussi nous analyserons la jurisprudence qui s'y rattache.

SECTION IV. — Actes administratifs.

Le droit commercial n'est qu'une branche détachée du droit civil ; vis-à-vis du droit administratif il rentre dans ce qu'on appelle le droit commun par opposition à ce droit d'exception. Il en résulte que tous les actes qui sont soustraits au droit commun et par le fait même aux juridictions ordinaires pour ne relever que du droit administratif et des tribunaux qui ont mission de l'appliquer, échappent aussi bien au droit commercial et aux tribunaux consulaires qu'au droit civil et aux tribunaux civils. Chaque fois donc qu'un acte administratif, nous entendons par là un acte soumis au droit administratif, se trouve être l'accessoire d'une exploitation commerciale, la théorie de l'accessoire ne s'applique pas. Elle ne peut rien contre le principe de la séparation des pouvoirs ; elle est faite pour soustraire au droit civil et pour soumettre au droit commercial des actes de droit commun ; elle ne peut rien soustraire au droit exceptionnel. L'acte administratif accessoire d'une exploitation commerciale reste administratif (1).

(1) Observons immédiatement qu'il n'y a pas de Ministère public auprès du tribunal de commerce, que par conséquent la procédure de conflit est impossible devant lui. C'est dire que si un tribunal de commerce est saisi de l'examen d'un acte administratif et ne se déclare pas de

Nous allons indiquer les hypothèses qui donnent lieu à l'application de ce principe. Dans certaines d'entre elles, on le verra, le caractère administratif de l'acte n'est pas certain et la limitation de notre théorie est alors plus ou moins douteuse. Nous ne discuterons pas à fond cependant ces problèmes parce que leur solution dépend de principes de droit administratif que nous ne pouvons songer à apprécier ici.

L'entreprise commerciale de travaux publics (1) place naturellement les actes juridiques de celui qui la dirige sous l'empire du droit commercial. En principe, tous les actes accomplis par l'entrepreneur accessoirement à son entreprise sont commerciaux. Mais comme les travaux publics sont au premier chef une matière administrative, en un point très important notre théorie reste impuissante. En vertu de l'article 4 § 3 de la loi du 28 pluviôse an VIII, les torts et dommages qui résultent de l'exécution des travaux sont jugés par le Conseil de préfecture. Si ce texte n'existait pas, tous les torts et dommages qui procèdent du fait non de l'Administration mais de l'entrepreneur devraient, d'après la théorie de l'accessoire, être considérés comme des quasi-délits commerciaux puisqu'ils sont commis dans l'exercice du négoce et de l'industrie. Ces dommages étant dans toute entreprise de travaux publics fréquents et considérables, on voit que la théorie de l'accès-

lui-même incompétent, l'Administration ne pourra repousser l'empiètement commis que si les parties vont en appel. L'erreur de compétence pourra d'ailleurs être redressée, sans intervention de l'autorité administrative, soit par la Cour d'appel, soit par la Cour de cassation, mais toujours à condition que ces juridictions soient saisies par les parties.

(1) L'entreprise de travaux publics n'est peut-être pas toujours commerciale. Voir sur ce point : Thaller, *Traité élém.*, 25 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, I, 137 *ter*.

soire subit par là une grave limitation. Les indemnités dues à la suite d'occupations temporaires, de fouilles et extractions de matériaux, sont d'ailleurs également allouées en cas de désaccord par le Conseil de préfecture (loi du 29 décembre 1892, art. 11) (1).

Certaines décisions judiciaires (2) exceptent de la compétence du Conseil de préfecture, le cas où le fait dommageable semble tout à fait personnel à l'entrepreneur ; elles exigent pour que le Conseil de préfecture soit compétent, que le fait de l'entrepreneur tout en étant dommageable soit cependant conforme aux plans et prescriptions de l'Administration. Suivant cette jurisprudence par exemple, quand le dommage résulte précisément d'une infraction aux conditions imposées par le cahier des charges, il ne peut être considéré comme résultant des travaux publics. Si cette idée est juste, la théorie de l'accessoire en pareil cas reprend son empire et le dommage constitue un quasi-délit commercial (3). Mais comme le texte de l'an VIII ne fait aucune distinction, et que la compétence du Conseil de préfecture en cette matière est considérée comme essentiellement compréhensive, le système que nous venons de signaler sera sans doute abandonné (4).

(1) Il n'en est ainsi toutefois que si l'occupation et les fouilles ont eu le caractère d'actes de puissance publique ; que si l'entrepreneur les a pratiquées avec les autorisations administratives nécessaires et sans égard pour les désirs des particuliers. Si, au contraire, elles ont eu lieu à la suite d'un accord préalable entre l'entrepreneur et les tiers, il n'y a pas acte de puissance publique et rien ne s'oppose à la compétence du tribunal de commerce (Req., 11 novembre 1872, D. P. 73.1.261).

(2) Req., 18 février 1879, D. P. 79. 1. 430 ; Chambéry, 22 février 1886, D. P. 87.2.32 ; Cass., 24 mai 1886, D. P. 87. 1. 7.

(3) En ce sens, l'arrêt de la Chambre des requêtes du 18 février 1879, précité.

(4) Les auteurs qui ont écrit récemment sur le droit administratif, ne

L'entrepreneur de travaux publics n'a pas seulement à répondre des dommages qu'il cause aux tiers, mais aussi des accidents dont sont victimes les ouvriers qu'il emploie. Plus d'une fois des demandes d'indemnités intentées par des ouvriers blessés contre l'entrepreneur, ont été accueillies par les tribunaux judiciaires et à une certaine époque, il a été admis que la compétence du Conseil de préfecture subissait à ce point de vue une restriction. Puis on est revenu à la juridiction administrative (1). Aujourd'hui la controverse n'est plus possible, ces actions en indemnité relèvent du tribunal civil en vertu de la loi du 9 avril 1898.

Il importe de noter que les dommages résultant des travaux publics ne peuvent être estimés par le Conseil de préfecture que si les travaux ont été régulièrement engagés, avec les formalités et autorisations nécessaires (2). Au cas contraire, la juridiction ordinaire reste compétente, et par suite le tribunal de commerce connaît normalement de tous les quasi-délits qui peuvent être considérés comme commis dans l'exercice du commerce.

En ce qui concerne les contrats que passe l'entrepreneur de travaux publics, la théorie de l'accessoire ne subit aucune restriction. Sans doute le marché de travaux publics lui-même, c'est-à-dire la convention par laquelle il s'engage vis-à-vis de l'Administration à effectuer les travaux, relève du Conseil de préfecture en vertu de l'ar-

mentionnent pas la distinction dont nous venons de parler et semblent la condamner implicitement. Voir Laferrière, t. II, p. 159 ; Hauriou, *Précis*, p. 761.

(1) Sur les variations de la jurisprudence en cette matière, consulter Laferrière, t. II, p. 165-172.

(2) En ce sens, Laferrière, t. II, p. 177-180 ; Hauriou, *Précis*, p. 764 et p. 772, note 4 (3^e édition).

ticle 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. Mais ce marché n'est pas un accessoire de l'exploitation ; il est au contraire l'acte principal, l'entreprise même et s'il était commercial il le serait par lui-même aux termes de l'article 632 § 3 du Code de commerce. Quant aux contrats par lesquels l'entrepreneur s'assure le concours des auxiliaires dont il a besoin : sous-entrepreneurs, fournisseurs, bailleurs de fonds, employés, ouvriers, etc., ils sont à juste titre considérés comme des sous-traités et laissés à la juridiction ordinaire (1), au tribunal de commerce par conséquent.

Certaines sociétés commerciales ont pour objet d'exploiter un ouvrage public ; telles sont par exemple les Compagnies de chemins de fer (2). Les stipulations par lesquelles ces compagnies s'engagent vis-à-vis de l'Etat à construire les voies ferrées sont, par rapport à leur entreprise de transport, des actes accessoires ; elles constituent des

(1) Laferrière, II, p. 129 ; Cons. d'Etat, 9 mars 1894, D. P. 95.3.27 ; 15 février 1895, D. P. 96.3.23 ; 6 avril 1895, D. P. 96.3.44. De même les entrepreneurs de fournitures à l'Etat sont soumis à la juridiction du Conseil d'Etat pour le marché de fournitures lui-même ; mais pour tous les actes qu'ils sont amenés à accomplir pour se mettre en mesure d'exécuter ce marché, ils sont soumis à la juridiction du tribunal de commerce.

(2) On peut citer en même temps les Compagnies de tramways, les Compagnies d'éclairage au gaz, peut-être les Compagnies d'éclairage à l'électricité (Lyon, 4 juillet 1890, D. P. 91.2.81 et la note). Les sociétés qui se chargent de la distribution des eaux à une ville ne sont pas considérées comme exploitant un commerce. Naturellement nous ne parlons ici que des sociétés commerciales par leur objet ; les sociétés commerciales par la forme (loi du 1^{er} août 1893) ne sauraient nous intéresser au point de vue de la théorie de l'accessoire. Ce que nous allons dire des Compagnies de chemins de fer s'applique d'ailleurs, *mutatis mutandis*, à toutes les sociétés qui exploitent commercialement un ouvrage public.

marchés de travaux publics et, par suite, sont soumises au droit administratif. C'est une première limitation à la théorie de l'accessoire. En plus, les actes de concession sont accompagnés de conventions financières relativement à la garantie des intérêts et au partage des bénéfices ; les difficultés relatives à ces conventions relèvent du ministre des travaux publics, sauf recours au Conseil d'Etat (1). C'est une autre limitation à la théorie de l'accessoire.

Pour l'exécution des travaux, les Compagnies de chemins de fer sont traitées comme tout entrepreneur de travaux publics. Les contrats qu'elles passent avec des tiers à ce sujet sont commerciaux ; les dommages causés doivent être estimés par le Conseil de préfecture. Mais un point spécial est à noter : c'est que l'ouvrage public construit, achevé, peut par défaut d'entretien ou même par sa manière d'être naturelle, causer encore des dommages. Une ligne de chemin de fer en exploitation peut nuire aux tiers, notamment aux voisins. Or ces dommages postérieurs à l'achèvement des travaux et susceptibles de se reproduire tant que subsiste l'ouvrage public, sont encore considérés comme dommages résultant des travaux publics et comme tels confiés à la compétence du Conseil de préfecture. Quand donc une indemnité est réclamée à une Compagnie de chemins de fer à raison d'un préjudice quelconque subi, l'action doit être intentée devant le Conseil de préfecture, si la voie ferrée semble en quelque manière la cause du dommage. Le quasi-délit n'est commercial que s'il peut être rattaché exclusivement à l'exploitation commerciale. Il ne nous est pas possible d'insister sur cette distinction pour la préciser ; cela nous mènerait trop loin. Observons

(1) Laferrière, II, p. 125 et 126 (2^e édition).

seulement, que l'on se montre très large sur la question d'intervention de l'ouvrage public dans la production du dommage ; que par exemple, les trépidations qui résultent du passage des trains et qui se transmettent aux propriétés voisines par l'intermédiaire du sol sur lequel est établie la voie, sont considérées comme produites par l'ouvrage public lui-même. Les dégâts causés par ces trépidations ne peuvent être estimés que par le Conseil de préfecture. Sont au contraire des quasi-délits commerciaux, les dommages et accidents résultant des manipulations de colis et de marchandises dans les gares, des travaux qui s'opèrent dans les ateliers de construction et de réparation, etc. (1).

On sait que par l'intermédiaire d'une administration spéciale, l'Etat exploite un réseau de chemins de fer et que cette exploitation est considérée comme commerciale (2). Cette situation provoque une autre série de conflits entre la théorie de l'accessoire et les principes du droit administratif. Que la théorie de l'accessoire doive être appliquée à l'exploitation de l'Etat, c'est ce dont on ne saurait douter.

(1) Sur toute la question des dommages résultant de l'ouvrage public, consulter Laferrière, II, p. 160 et suiv. En ce qui concerne les accidents dans les gares, dans les ateliers, etc., il n'y a quasi-délit commercial naturellement que si la victime n'est pas une des personnes que protège la loi du 9 avril 1898. Il faut observer aussi que souvent le dommage causé à un voyageur ou à une marchandise peut être considéré comme une faute dans l'exécution de l'obligation de transport contractée par la Compagnie, comme une faute contractuelle par conséquent, non comme une faute délictuelle.

(2) Thaller, *Traité élément.*, 83 ; Lyon-Caen et Renault, I, 210 ; Appert, *op. cit.*, p. 216 ; Laferrière, II, p. 191. Trib. des conflits, 22 juin 1889, D. P. 91.3.1 ; Cass., 8 juillet 1889, S. 90.1.473 ; Poitiers, 23 juillet 1894, *Pand. franç.*, 95.2.227 ; Req., 18 novembre 1895, S. 98.1.385 (et la note de M. Chavegrin).

Sans doute il n'a jamais été dit que l'administration du réseau de l'Etat avait la qualité de commerçant (1), mais cela nous importe peu, puisque nous avons rejeté la thèse de la compétence personnelle. Par le seul fait que les contrats de transport que passe cette administration sont qualifiés commerciaux, tous les actes accessoires doivent, en principe, être reconnus commerciaux par relation. Mais certaines restrictions sont imposées par ce fait que l'administration du réseau de l'Etat bien qu'elle fasse du commerce et qu'à ce titre elle se place sous le droit privé, ne cesse point pour cela d'être une administration publique (2); des actes qui devraient être commerciaux par relation restent ainsi sous le régime du droit administratif.

Ainsi par un arrêt rendu le 22 juin 1889 (3), le Tribunal des Conflits a qualifié marché de travaux publics une commande de travaux de superstructure faite à un tiers par l'administration du réseau de l'Etat pour une de ses lignes. Cette administration, en effet, n'étant point distincte de l'Etat, ne peut être considérée comme étant elle-même l'entrepreneur des travaux et dès lors, les tiers avec qui elle contracte à ce sujet ne sont point des sous-traitants, mais bien les véritables entrepreneurs et comme tels doivent être soumis au régime de la loi de pluviôse an VIII. Les tribunaux judiciaires, il est vrai, semblent prétendre, sauf

(1) MM. Lyon-Caen et Renault, I, 240 et M. Appert, *op. cit.*, p. 215, tout en admettant que l'exploitation du réseau de l'Etat est commerciale, refusent explicitement à l'administration qui la dirige la qualité de commerçant.

(2) Chavegrin, note dans Sirey, 98.1.385; Trib. correct. d'Avesnes, 14 février 1894, D. P. 98.2.277; Bordeaux, 25 juin 1897, D. P. 98.2.467.

(3) *Pand. franç.*, 89.4.27, D. P. 91.3.1.

d'ailleurs certaines distinctions (1), que les travaux de construction de la voie ferrée se rapportent à l'entreprise commerciale de transports. C'est là, à notre avis, une idée fausse. Tous travaux de construction et de réparation concernant les voies ferrées se rapportent au domaine public et sont à ce titre travaux publics ; si des commandes faites à des tiers par des Compagnies concessionnaires sont, comme nous l'avons dit, reconnues contrats commerciaux, c'est que ces commandes ne sont que des sous-traités ; le véritable marché de travaux publics intervenant entre la Compagnie et l'Etat. Par contre, les commandes de travaux pour les gares, les magasins, les ateliers, etc., ne se rapportent pas au domaine public ; quand donc, des commandes de ce genre sont faites par l'administration du réseau de l'Etat, rien ne s'oppose à ce qu'on les considère comme se rattachant à l'exploitation commerciale et à ce qu'on les qualifie commerciales.

Le louage de services par lequel un commerçant engage des employés et des ouvriers, est reconnu commercial comme étant l'accessoire d'une exploitation commerciale. Les agents et employés de tous genres des chemins de fer de l'Etat, tous engagés pour assurer le service d'une entreprise commerciale de transports, n'en restent pas moins soumis à la juridiction administrative. L'article 11 du décret du 25 mai 1878 dit, en effet, que les agents du réseau

(1) Paris, 30 janvier 1889, sous *Conflits* précité ; Poitiers, 23 juillet 1894, *Pand. franç.*, 95.2.227. La Cour de Paris s'est basée surtout sur une distinction entre les travaux de superstructure et ceux d'infrastructure ; la Cour de Poitiers a allégué plus ou moins clairement l'intérêt commercial et surtout cette circonstance que dans l'espèce les travaux n'étaient pas autorisés. Cette seconde observation était faite à juste titre parce qu'il s'agissait de dommages causés à un tiers par les travaux (voir plus haut).

de l'Etat seront « considérés comme agents temporaires de l'Etat » ; que les fonctionnaires et agents appartenant aux administrations publiques qui y seront envoyés en service « seront considérés comme étant en service détaché ». C'est encore là un point où la théorie de l'accessoire se trouve en échec devant une règle de droit administratif (1).

L'article 13 du décret du 11 juin 1806, attribue au Conseil d'Etat la connaissance des marchés de fournitures à l'Etat. Pourtant, le 8 juillet 1889, la Cour de cassation (2) a qualifié commercial un marché de fournitures d'imprimés passé par l'administration du réseau de l'Etat. Cette décision nous semble juste. Le caractère administratif des marchés de fournitures est en effet beaucoup moins accentué que celui des marchés de travaux publics. Les marchés de fournitures aux départements et aux communes sont laissés à la juridiction ordinaire. Si ceux que passe l'Etat sont traités autrement, c'est que le plus souvent ils se mêlent à des opérations administratives telles que l'alimentation et l'entretien des services de la guerre et de la marine (3). Quand le marché de fournitures n'a pour but que de satisfaire aux exigences d'une entreprise commerciale de transports, il est juste qu'on déroge à la règle et qu'on lui reconnaisse le caractère commercial. Ce n'est pas plus contraire aux principes, que de qualifier commerciales les obligations de transports que contracte l'Etat en administrant son réseau, et dont le Conseil d'Etat connaîtrait seul si on respectait en tous points les règles du droit administratif.

(1) Cette solution semble tout à fait en faveur : Cons. d'Et., 25 janvier 1889, D. P. 90.3.34 ; Req., 18 novembre 1895, D. P. 98.1.497 (note de M. Sarrut), S. 98.1.385 (note de M. Chavegrin).

(2) *Pand. franç.*, 90.1.41 ; S. 90.1.473.

(3) Laferrière, II, p. 140.

Les réclamations en détaxe présentées par le public, dérivent d'un quasi-contrat de paiement de l'indû qui doit aussi être qualifié commercial. Sans doute il s'agit de déclarer l'Etat débiteur ; mais les règles concernant la liquidation et l'ordonnancement des dettes de l'Etat, qui sont d'ailleurs simplifiées pour les dettes nées de l'exploitation du réseau (1), ne s'opposent nullement à ce que l'existence de la dette soit d'abord proclamée par un tribunal de l'ordre judiciaire (2).

Quant aux délits et quasi-délits qui se rattachent à l'exploitation, on ne peut hésiter à leur reconnaître le caractère commercial. L'article 22 de la loi du 15 juillet 1845 décide en effet que : « Les concessionnaires ou fermiers d'un chemin de fer seront responsables du dommage causé par les administrateurs, directeurs ou agents, employés à un titre quelconque au service de l'exploitation du chemin de fer » ; et que « l'Etat sera soumis à la même responsabilité envers les particuliers, si le chemin de fer est exploité à ses frais et pour son compte ». Si les règles spéciales à la responsabilité de l'Etat sont écartées et que le droit commun doit être appliqué, c'est aussi la juridiction ordinaire qui doit être compétente pour appliquer ce droit commun. Mais naturellement, les dommages résultant de travaux faits à la voie ferrée et dûment autorisés et les dommages résultant plus ou moins directement de la voie ferrée considérée comme ouvrage public, restent, d'après ce que nous avons dit plus haut, soumis à la compétence du Conseil de préfecture.

(1) Décret du 25 mai 1878, portant organisation du service financier des chemins de fer de l'Etat, titres 4 et 5.

(2) Laferrière, II, p. 243.

CHAPITRE VI

APPLICATION DE LA THÉORIE DE L'ACCESSOIRE.

Si nous entreprenons l'importante étude qu'annonce la rubrique de ce chapitre, ce n'est pas avec l'espoir d'aboutir à une nomenclature des actes de commerce par relation. Puisque la théorie de l'accessoire entraîne sous le régime du droit commercial tout acte qui se rattache au commerce de son auteur, sans autre condition, les actes de commerce qu'elle désigne ainsi forment, *à priori*, un ensemble indéterminé.

Ils forment aussi, et pour la même raison, un ensemble très varié, dans lequel on trouve des conventions et de simples faits juridiques : délits, quasi-délits, quasi-contrats ; dans lequel on discerne des faits illicites, délits et quasi-délits, à côté des contrats et des quasi-contrats qui sont licites ; dans lequel on découvre enfin à côté des contrats, quasi-contrats et délits qui sont des actes volontaires, des quasi-délits qui sont par définition involontaires. Et il y a lieu à ce propos, d'observer que l'expression « actes de commerce par relation » ne doit pas être prise à la lettre ; si le mot « actes » convient pour désigner les contrats qui ont à la fois pour but et pour effet d'opérer des effets de droit, il ne fait point songer tout d'abord aux quasi-contrats, aux délits, aux quasi-délits qui ne sont point des « actes juridiques ». L'expression « actes de

commerce par relation » n'est donc qu'approximative et doit être entendue largement.

L'extraordinaire variété du groupe que nous allons explorer, fait qu'il n'est point possible de lui assigner de traits distinctifs généraux. Le principe contenu dans la théorie de l'accessoire est l'unique point de contact entre les divers actes de commerce par relation, la seule raison de leur groupement.

Des auteurs ont pensé qu'on pouvait relever en eux, comme trait distinctif, leur caractère intéressé (1).

Il est vrai, nous l'avons reconnu (2), que les actes de commerce par relation participent à l'esprit de spéculation qui anime l'entreprise à laquelle ils se rattachent ; si les quasi-délits involontaires par définition, n'y participent pas eux-mêmes, les opérations qui les occasionnent et qui servent de trait d'union entre eux et l'exploitation commerciale y participent. Mais peut-on considérer comme un trait distinctif ce caractère intéressé, alors que beaucoup d'actes civils le présentent également ? Et si l'on dit, avec plus de précision d'ailleurs, que les actes de commerce par relation sont animés par l'esprit de lucre commercial, les distingue-t-on par là des actes qui sont commerciaux par eux-mêmes ?

Mais si l'application de la théorie de l'accessoire ne doit nous mener ni à une nomenclature des actes de commerce par relation, ni à une détermination des caractères distinctifs de ces actes, pourquoi y procédons-nous ? Nous y procédons parce que si elle ne doit point nous faire connaître tous les actes de commerce par relation, du moins elle nous indiquera ceux qui se présentent le plus souvent

(1) Voir notamment Appert, *Des actes de commerce terrestre*, p. 305.

(2) Chapitre IV, section 4.

dans la pratique des affaires, les plus importants par conséquent. Parce qu'aussi elle nous fournira l'occasion d'écarter les hésitations que soulèvent certains cas où la relation avec le commerce de l'auteur de l'acte est moins claire que d'ordinaire, le cas du louage des ouvriers d'industrie par exemple, celui du mandat donné par un commerçant à un agréé de le représenter dans une instance commerciale et d'autres analogues. Parce qu'enfin cette application de la théorie de l'accessoire nous conduira à examiner les règles et les textes spéciaux qui, pour certains actes ou faits, s'opposent ou semblent s'opposer à elle et qu'elle nous permettra ainsi de compléter les résultats acquis au chapitre précédent où nous n'avons étudié que les exceptions générales à la théorie de l'accessoire.

La direction de nos recherches est d'ailleurs tout indiquée. Successivement nous appliquerons la théorie de l'accessoire aux contrats, aux délits, aux quasi-délits, aux quasi-contrats en reprenant les critères divers que nous avons admis au chapitre IV, section 3.

Nous n'aurons pas à appliquer la théorie de l'accessoire à des obligations nées de la loi seule ; nous savons qu'il n'existe point de cas où cette application doive être faite, quoiqu'elle soit possible en principe (V. chap. IV, sect. 3, § 5). Un appendice placé à la fin du chapitre contiendra les observations que comporte l'application de la théorie de l'accessoire au commerce de mer.

SECTION I. — Application de la théorie de l'accessoire aux contrats.

Le meilleur moyen d'éviter ici toute omission est, ce

nous semble, d'examiner séparément chaque genre de contrat. Pour cette sorte de revue, la logique n'impose aucun ordre particulier ; aussi nous suivrons simplement celui qui est observé au livre III du Code civil, du titre 6 au titre 17, pour l'indication et la réglementation des principales formes contractuelles. Nous passerons ensuite aux conventions qui ne sont en usage que dans le commerce, sans avoir cependant à nous occuper alors ni de la commission dont nous aurons déjà parlé à propos du mandat, ni du contrat de transport dont nous aurons parlé également à propos du louage de services (1). Nous ne nous occuperons point non plus des opérations que les négociants font avec les banquiers : elles se réduisent à des emprunts, à des dépôts, à des endossements d'effets et par suite ne sont pas un genre distinct de conventions. Si bien que, en somme, l'application de la théorie de l'accessoire aux contrats spéciaux au commerce, se bornera aux observations peu considérables d'ailleurs que réclament les effets de commerce, le compte-courant et l'ouverture de crédit. La section se terminera par l'application de la théorie aux conventions innommées.

Rappelons en commençant le critérium que nous avons adopté au chapitre IV, section 3, § 1 : un contrat est l'accessoire du commerce de celui qui l'a conclu, lorsqu'il a été conclu en vue des besoins de ce commerce.

(1) Nous ne parlons de la commission et du contrat de transport qu'à l'égard du commettant et de l'expéditeur ; à l'égard du commissionnaire et du transporteur, ces contrats sont commerciaux par eux-mêmes (art. 632 § 2, C. com.).

§ 1. — Application de la théorie de l'accessoire
au contrat de vente.

Le contrat de vente, si souvent commercial par lui-même, l'est tout aussi fréquemment par relation. Combien de fois n'arrive-t-il pas aux négociants, quelle que soit d'ailleurs leur spécialité, d'acheter non pour revendre, mais pour faire servir à leur commerce l'objet acheté ! Les exploitations les plus simples exigent des achats de registres pour tenir la comptabilité, de papiers pour la correspondance, de rayons, de vitrines pour le magasin où sont exposées les marchandises, de balances, de bascules et autres instruments pour le pesage et le mesurage, etc. Les entreprises plus importantes exigent des chevaux et des voitures pour les transports et par suite des fourrages, des machines et du charbon pour le travail industriel, des appareils d'éclairage et aussi le gaz ou l'électricité qui doivent les alimenter, etc. Les achats par lesquels les commerçants se procurent tous ces objets sont commerciaux en vertu de la théorie de l'accessoire ; ils sont destinés à rendre possibles ou à faciliter les actes principaux de l'entreprise et répondent donc exactement au critérium que nous avons déterminé pour les contrats.

D'ailleurs ces solutions sont tout à fait admises en doctrine et en jurisprudence (1). Notamment, un arrêt de cassation du 1^{er} décembre 1851 (D. P. 51.4.325) fort bien motivé quoique appartenant à une époque où la théorie de l'accessoire commençait à peine à se répandre en juris-

(1) Thaller, *Traité élément.*, 55 ; Lyon-Caen et Renault, I, 171 b. Trib. com. Marseille, 12 avril 1859, D. P. 59.5.10 ; Trib. com. Bruxelles, 18 juillet 1876, *Recueil belge de la jurisprudence des tribunaux de 1^{re} instance*, t. XXV, p. 864.

prudence, qualifie de commercial l'achat d'une voiture fait par un commerçant pour servir à ses tournées de clientèle. La Cour allègue pour tout motif que l'achat « se rattachait à l'exercice de l'industrie » du défendeur. S'il est difficile de découvrir dans les recueils d'autres arrêts de cassation ou d'appel rendus depuis cette époque, c'est apparemment que l'exception d'incompétence est très rarement soulevée sur des questions de ce genre. Nous n'avons pas d'ailleurs à citer de décisions en sens contraire.

Pour une espèce un peu spéciale cependant on a hésité. Il arrive parfois qu'un négociant passe avec un aubergiste un arrangement suivant lequel celui-ci doit fournir la nourriture aux ouvriers et employés de celui-là, ou bien héberger ses charretiers et ses chevaux. Une pareille convention n'est pas seulement de la part du négociant un achat de fournitures ; elle se complique d'un louage de services et parfois d'un louage de choses puisque quand il s'agit de voituriers en cours de route, un gîte doit être mis à leur disposition. Cette complexité importe assez peu d'ailleurs, et nous pouvons traiter la question aussi bien à propos de la vente qu'à propos du louage. Or il est arrivé qu'un désaccord s'élevant en pareil cas entre le commerçant et l'aubergiste et que celui-ci poursuivant l'autre en justice, des tribunaux ont déclaré que la convention ne pouvait à l'égard du commerçant être qualifiée de commerciale, qu'elle devait être considérée comme un achat de denrées pour l'usage particulier (1). Cette solution n'était pas acceptable ; il est clair que le négociant qui passe un arrangement de ce genre ne le fait nullement pour ses besoins personnels. Il pense au contraire aux intérêts de son

(1) Limoges, 2 mars 1837, S. 39.2.141.

commerce, soit que le droit à un ou plusieurs repas soit compris dans le salaire des ouvriers, soit que le patron ayant à déplacer ceux-ci cherche à diminuer les frais de voyage dont il leur doit compte. Depuis longtemps du reste, la jurisprudence est revenue sur cette erreur passagère ; les conventions de ce genre sont reconnues commerciales (1).

Un texte pourtant aurait pu gêner ce revirement ; c'est l'article 2 de la loi du 25 mai 1838 qui attribue au juge de paix la connaissance « des contestations entre les hôteliers, aubergistes et logeurs et les voyageurs ou locataires en garni pour dépense d'hôtellerie et perte ou avarie d'effets déposés dans l'auberge ou dans l'hôtel ». Mais ni la lettre ni l'esprit de ce texte ne s'opposent à la compétence du tribunal de commerce pour les conventions dont nous parlons : le texte prévoit une contestation entre l'aubergiste et le voyageur ; d'après notre hypothèse la contestation surgit entre l'aubergiste et un tiers qui a réglé d'avance et pour son compte les conditions de l'hospitalité qui doit être fournie. Et du reste *a priori* la loi de 1838 ne peut influencer en aucune manière sur la compétence du tribunal de commerce, puisque le tribunal de justice de paix, dont cette loi règle la compétence n'est que la branche inférieure de la juridiction civile et ne peut avoir à trancher que des litiges civils. Toutes les dispositions de la loi de 1838, indiquant les contestations qui ressortissent au juge de paix doivent être complétées par la restriction suivante : quand ces contestations ont le caractère civil (2).

(1) Paris, 17 juin 1876, *Journ. des trib. de commerce*, n° 8966, t. 26, p. 49 ; Toulouse, 4 novembre 1885, *Journal La Loi*, 19 novembre 1885.

(2) Cass., 18 novembre et 30 décembre 1890, D. P. 91.1.108 et 99,

Ce n'est point seulement l'achat qui est souvent commercial par relation, mais aussi la vente. Au premier abord on se demande comment une vente peut procurer à l'exploitation commerciale une utilité quelconque. C'est que la vente procure au vendeur de l'argent, et que pour le commerçant, l'argent est le soutien et l'aliment indispensable des affaires. Chaque fois que le négociant réalise en argent une parcelle quelconque du capital qui se trouve immobilisé soit en vieux matériel, soit en débris de fabrication, soit en chevaux ou voitures devenus impropres au service, soit en créances difficilement recouvrables, etc., il accomplit un acte qui se rattache accessoirement à son commerce et qui est commercial (1). Il agit en effet véritablement en vue de son commerce.

Il est bon d'ailleurs de rappeler ici qu'en ce qui concerne le contrat de vente, la théorie de l'accessoire souffre une grave restriction. Les mutations de propriété foncière étant essentiellement de nature civile (2), les achats et ventes d'immeubles, même consentis en vue du commerce, comme l'achat d'un magasin par exemple, sont civils. Et de fait les tribunaux n'ont jamais consenti à qualifier commerciaux de pareils actes (3) ; on pourrait simplement souhaiter plus de rigueur dans le choix des motifs qu'ils

Nous reviendrons sur cette question de la loi du 25 mai 1838 à propos de l'application de la théorie de l'accessoire au louage de services.

(1) Voir un exemple fourni *a contrario* par un arrêt de Paris, 17 avril 1852, D. P. 54.5.161. La commercialité de la cession d'une créance commerciale est particulièrement indiscutable quand elle est opérée comme dation en paiement d'une dette commerciale. Dijon, 25 juillet 1866, D. P. 66.2.138.

(2) Voir chapitre V, section 3.

(3) Voir cependant : Trib. civ. Chambéry, 29 avril 1882, *Journ. des trib. de com.*, n° 10176.

allèguent. Ainsi il est difficile de comprendre comment dans un arrêt rendu le 22 mars 1851 (D. P. 51.II.90) la Cour de Paris a pu se contenter, en présence d'un acte par lequel une maison de banque avait acheté un immeuble pour y établir ses bureaux, d'observer que l'achat n'avait pas été fait pour revendre. Surtout nous ne comprenons pas comment la Cour de Bruxelles dans un arrêt rendu le 12 juin 1882 (S. 82.IV.43) a pu déclarer d'abord que l'achat d'un immeuble pour le revendre pouvait à la rigueur être reconnu acte de commerce, ensuite que l'achat d'un immeuble pour servir au commerce ne pouvait pas l'être par suite du défaut de spéculation. C'était méconnaître à la fois et le caractère essentiellement civil de toute question concernant la propriété immobilière et l'existence de la théorie de l'accessoire. Nous préférons à ces décisions un arrêt de la Cour de Nancy (25 juillet 1876, D. P. 77.II.157) qui déclare purement et simplement civils les achats d'immeubles réalisés par une compagnie de chemin de fer ; une affirmation sans commentaire vaut mieux qu'une argumentation défectueuse (1).

L'achat d'un brevet d'invention par un commerçant pour l'exploiter doit-il être reconnu commercial par relation ? Un arrêt de la Cour d'Alger du 18 novembre 1885 (S. 86.II.113), ayant à qualifier une opération de ce genre a décidé que l'acte ayant « pour but unique de transférer la propriété du brevet d'invention », qu'ainsi la contestation engagée « ayant trait à la propriété du brevet d'invention », il suivait de là que l'action intentée devant le

(1) *Adde* : en faveur du caractère civil de l'achat d'immeuble, même fait en vue du commerce : Trib. com. Marseille, 26 janvier 1877, *Journ. Marseille*, 77.I.108 ; Cass., 12 juin 1894, *Pand. franç.*, 95.I. 337.

tribunal de commerce « aurait dû être portée devant les tribunaux civils qui seuls étaient compétents aux termes de l'article 34 de la loi du 5 juillet 1844 ». Cette solution, comme on peut facilement en juger, tend à établir une certaine analogie entre les mutations de propriété foncière et les mutations de propriété industrielle ; à affirmer le caractère essentiellement civil de celles-ci comme on s'accorde à l'affirmer de celles-là. Est-elle justifiée ?

Observons d'abord que la question qui se pose pour la cession des brevets d'invention se pose également pour la cession des marques de fabrique. L'article 34 de la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention dit : « L'action en nullité et l'action en déchéance pourront être exercées par toute personne y ayant intérêt. Ces actions, ainsi que toutes contestations relatives à la propriété des brevets, seront portées devant les tribunaux civils de première instance. » L'article 16 de la loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabriques dit : « Les actions civiles relatives aux marques sont portées devant les tribunaux civils et jugées comme matière sommaire. » Si le premier de ces textes s'oppose à ce que l'achat d'un brevet pour l'exploiter soit un acte de commerce, le second doit s'opposer également à ce que l'achat d'une marque de fabrique pour l'exploiter soit un acte de commerce.

Mais pour donner sur le champ, notre opinion, nous pensons que la Cour d'Alger s'est exagéré la portée de la loi de 1844 ; que cette loi et que la loi analogue de 1857 n'apportent aucun obstacle à l'application de la théorie de l'accessoire en cette matière (1). Si la lettre des textes que

(1) Nous entendons la matière des achats et ventes, car il va ressortir clairement des constatations que nous allons faire que les lois de 1844 et de 1857 empêchent d'attribuer le caractère commercial aux vio-

nous venons de citer semble impliquer que toute contestation relative à la propriété des brevets et des marques et partant toute question de cession de ces titres, doit être soumise aux tribunaux civils, leur véritable sens loin d'avoir cette généralité est au contraire tout à fait restreint. Les lois de 1844 et de 1857 ont été édictées pour déterminer les conditions et l'étendue de la propriété industrielle et pour enrayer la contrefaçon et la concurrence déloyale ; c'est là leur unique but, et cette observation suffirait à elle seule pour révéler que les actions dont parlent nos textes sont simplement de la part des titulaires des brevets et des marques les demandes en dommages-intérêts contre les usurpateurs et de la part des tiers les actions tendant à nier l'existence ou la validité des titres prétendus. Mais en outre, ce qui justifie la compétence du tribunal civil établie par la loi de 1844 à l'exclusion de celle du tribunal de commerce, c'est le danger que les juges consulaires, tous commerçants et aimant la facilité des affaires, ne montrent une tendance à favoriser les droits du public au détriment des droits des inventeurs (1). Et ce motif n'a de valeur qu'à l'égard des litiges où se discute l'invention elle-même, sa réalité et son étendue. La loi de 1857 procède d'ailleurs du même esprit puisque en l'élaborant, on repoussa la compétence du tribunal de commerce admise par le projet en alléguant l'exemple de la loi de 1844 (2). D'ailleurs l'article 16 de la loi de 1857 dont nous

lations de brevets et aux usurpations de marques commises par un négociant en vue de favoriser ses affaires. Nous traiterons ce point quand nous étudierons l'application de la théorie de l'accessoire aux délits (voir la section 2 du présent chapitre).

(1) Voir en ce sens la note de M. Lyon-Caen sous l'arrêt d'Alger, S. 86.II.113.

(2) Voir un extrait du rapport présenté au nom de la commission parlementaire dans D. P. 57.IV.98, note 8.

n'avons cité tout à l'heure que la première partie, indique lui-même qu'il ne vise que des litiges relatifs à des usurpations, puisque dans sa seconde partie il prévoit le cas où l'action est intentée par la voie correctionnelle.

Il apparaît donc que si la propriété des brevets d'invention et des marques de fabrique est confiée à la garde des tribunaux civils, c'est uniquement au point de vue de la protection qui lui est nécessaire contre les usurpateurs et de la discussion dont elle est susceptible à l'égard des droits du public. Le législateur n'a pas prévu la question de son transfert qui par conséquent reste soumise au droit commun. Les attributions de la juridiction civile touchant la propriété industrielle sont moins larges que ses attributions touchant la propriété immobilière ; le transfert de celle-ci compliqué de questions de transcription, de droits réels, d'éviction et de garantie, d'hypothèques et de purge, relève uniquement de la juridiction civile aussi bien que les usurpations et revendications ; le transfert de la propriété industrielle relève de la juridiction commerciale suivant les règles ordinaires de la commercialité.

Quand donc un négociant achète un brevet d'invention ou une marque de fabrique pour l'exploiter, il fait acte de commerce parce qu'il agit en vue de son exploitation commerciale. D'ailleurs la solution contraire proposée par la Cour d'Alger vient d'être condamnée très nettement par la Cour de cassation et par la Cour d'appel de Douai (Cass., 22 nov. 1894, D. P. 95.I.77, cession de marque de fabrique ; Douai, 18 nov. 1897, D. P. 99.II.28, cession de brevet d'invention) (1).

(1) La jurisprudence ancienne est nettement dans le même sens : Bourges, 5 février 1853, D. P. 55.II.286 ; Dijon, 27 avril 1865, S. 65. II.205. De même la doctrine : Thaller, *Traité élém.*, 64 et 65 (implicite) ;

Si le négociant au lieu d'acheter un brevet ou une marque, cède un brevet ou une marque qu'il exploitait, il fait encore acte de commerce car il réalise un des éléments de son entreprise en des capitaux qui vont être utilisés autrement sans doute mais encore en faveur de son entreprise (1).

Achat ou vente d'un fonds de commerce.

L'ensemble des moyens à l'aide desquels s'exerce un commerce constitue ce qu'on appelle un fonds de commerce. Les marchandises en magasin et les instruments qui servent à les travailler, la clientèle, le nom commercial ou l'enseigne, les brevets d'invention ou les marques de fabrique en exploitation, les locaux dont la disposition et la situation influent sur la facilité des affaires, etc., tels sont les divers éléments de cette sorte d'universalité juridique. Aucun d'entre eux d'ailleurs n'est de l'essence du fonds de commerce; les marchandises, voire même la clientèle (du moins une clientèle fixe et attachée), ne sont pas indispensables aux mains d'un individu pour qu'on puisse dire qu'il exploite un fonds de commerce; il suffit qu'il dispose d'un ensemble d'éléments propres à entretenir ses affaires.

Nous n'avons pas d'ailleurs à nous occuper du cas où un fonds de commerce est acheté pour être revendu. Cette

Lyon-Caen, note dans S. 86.II.113; Appert, *op. cit.*, p. 309; Alauzet, *Comment. du Code de comm.*, VI, 2970; Bravard et Demangeat, VI, p. 341-342.

(1) Il est bien clair que la cession d'un brevet par l'inventeur qui ne l'a pas mis en exploitation est un acte civil, à moins que le cédant ne s'associe en même temps au cessionnaire pour exploiter en commun, auquel cas il agit en vue d'un commerce futur. Voir l'arrêt de Dijon cité à la note précédente.

opération, assez rare dans la pratique, n'intéresse pas la théorie de l'accessoire. Ce que nous devons étudier, c'est l'achat d'un fonds de commerce pour l'exploiter et aussi la vente par laquelle le plus souvent les commerçants terminent leur exploitation.

Grâce aux principes que nous avons établis précédemment, nous pouvons sans hésiter qualifier de commercial l'achat d'un fonds de commerce pour l'exploiter. Cette opération n'est-elle point par définition même accomplie en vue du commerce (1)? Et ne savons-nous pas que tout contrat passé en vue d'un commerce est l'accessoire de ce commerce et doit être qualifié commercial par relation? Il n'y a pas à distinguer du reste entre le cas peu fréquent où le fonds de commerce est acheté par un individu qui en possède déjà un autre et qui désire élargir ses affaires, qui est donc déjà commerçant, et le cas tout à fait pratique où le fonds est acheté en vue d'un commerce futur dont il doit être l'instrument. Nous avons admis que la qualité de la personne n'influe pas sur la nature des actes (2), que seule la relation qui unit l'acte à une exploitation commerciale doit être prise en considération. Pourtant deux arrêts importants, l'un assez ancien mais de la Cour de

(1) Nous supposons bien entendu que le fonds acheté est un fonds de commerce. Il existe des établissements qui sont des fonds susceptibles d'exploitation, susceptibles aussi de cession et qui ne sont pas des fonds de commerce; tels sont les débits de tabac, les maisons de tolérance, etc. Il est bien entendu aussi que le fonds est acheté en vue du commerce; l'achat d'un fonds de commerce, pour le donner ensuite à un tiers ou pour le consacrer à des expériences scientifiques, serait civil. Par contre, l'achat d'un fonds de commerce par un négociant pour le fermer et supprimer ainsi un concurrent serait en vue du commerce et par suite commercial. Ces solutions sont exposées dans le *Traité* de MM. Lyon-Caen et Renault, I, 176.

(2) Voir chapitre IV, section 5.

Cassation (24 avril 1861, D.P.64.I.256), l'autre de la Cour de Rennes et tout récent (31 mars 1892, D.P.93.II.79) ont refusé de reconnaître la commercialité de l'achat d'un fonds de commerce fait par un non-commerçant, et ont allégué justement pour motif ce défaut de qualité dans la personne de l'agent. Mais ces deux arrêts s'expliquent, nous l'avons déjà dit, par l'idée que l'article 631-1^o du Code de commerce fonde une compétence personnelle; et comme à l'heure présente les tribunaux tendent à abandonner cette idée, il en résulte que les deux arrêts dont nous parlons n'ont guère d'autorité (1).

Ils en ont d'autant moins que depuis longtemps, avec une unanimité qu'ils sont seuls à rompre, la commercialité de l'achat d'un fonds de commerce est attestée par de nombreux arrêts d'appel et par l'enseignement des auteurs (2). Ce fait paraît d'abord étonnant puisque c'est à l'aide de la théorie de l'accessoire que nous venons d'établir cette commercialité et que cette théorie qui se dégage seulement de nos jours de la conception d'une compétence personnelle, ne pouvait avec cette conception donner cette solution. Ce sont les nécessités de la pratique et les indications du bon sens qui ont suppléé à l'insuffisance des principes et qui ont mené les tribunaux et les jurisconsultes à la vérité. Les nécessités de la pratique étaient évidentes; il n'est pas une opération qui soit plus soumise aux usages du commerce que l'achat d'un fonds

(1) Voir chapitre IV, section 5 et chapitre III, section 3 *in fine*.

(2) Voir trib. com. Marseille, 25 octobre 1889, *Journ. Marseille*, 90. I.46; Nancy, 5 mars 1894, D. P. 94.II.232; Trib. com. Lyon, 23 juillet 1897, *Monit. judic. Lyon*, 4 août 1897; Boistel, *Précis*, p. 41; Appert, *op. cit.*, p. 306-309; Lyon-Caen et Renault, I, 475; Thaller, *Traité élément.*, 73. Nous ne citons ici que les décisions et les ouvrages les plus récents; les autres sont analysés dans la suite du texte.

de commerce ni qui porte sur des valeurs plus commerciales. Et c'eût été renverser les compétences naturelles que de soumettre aux tribunaux civils les litiges complexes qui peuvent être la suite d'un tel acte. Les indications du bon sens étaient aussi claires : l'achat d'un fonds de commerce est le plus souvent le préliminaire indispensable d'un établissement commercial ; toujours il exerce une influence énorme sur les affaires qui en sont la suite ; il est pratiquement le premier acte de l'exploitation et le plus important, comment alors ne pas le qualifier acte de commerce ?

L'influence de cette considération se fit sentir dès une époque où la théorie de l'accessoire n'était pas encore formée. De 1830 à 1845, les tribunaux d'ailleurs tout à fait divisés sur la question, rendaient déjà un bon nombre de décisions dans lesquelles la commercialité de l'achat d'un fonds de commerce était reconnue (1). Il semble bien qu'à partir de 1850, si nous exceptons les arrêts dont nous parlions tantôt, la controverse ait pratiquement pris fin ; à partir de cette date, les Cours d'appel, chaque fois que la question leur a été posée, se sont prononcées en faveur du caractère commercial. Mais il est curieux d'examiner les motifs qu'elles invoquaient et qui par leur faiblesse même montrent que notre système d'argumentation est le seul solide.

(1) Un certain nombre d'arrêts rendus en des sens divers sont mentionnés au *Répertoire* de Dalloz, v° *Acte de commerce*, nos 59-69. Ce qui faisait hésiter les tribunaux, c'est que l'achat n'étant pas pour revendre ne contenait pas de spéculation. Des auteurs ont d'ailleurs accepté cette idée, d'abord Coin-Delisle, *Contrainte par corps*, 78 ; plus tard Beslay, *Des actes de commerce*, p. 163. Cette considération n'a aucune valeur puisque la vérité est que l'achat d'un fonds de commerce est simplement commercial par relation.

Dans beaucoup d'arrêts, le caractère commercial de l'achat d'un fonds de commerce est affirmé sans discussion ; presque tous sont anciens (1). Cependant un arrêt de Bordeaux du 14 novembre 1848 (D. P. 49.II.118) expose que l'achat d'un fonds de commerce est empreint de spéculation, que par suite, il est commercial par lui-même. Il est d'ailleurs à peine utile d'observer que l'individu qui achète un fonds de commerce pour l'exploiter est sans doute animé de l'esprit de lucre et accomplit une spéculation accessoire, mais que cette spéculation n'est point la spéculation directe et immédiate qui est l'élément indispensable de la commercialité absolue et qui, du reste, n'en est peut-être pas le seul élément indispensable.

On a d'une autre manière essayé de classer l'achat d'un fonds de commerce parmi les actes qui sont commerciaux par eux-mêmes en observant que l'acheteur a la pensée de revendre tôt ou tard le fonds, non de le conserver indéfiniment. Nous trouvons cette idée dans les motifs d'un arrêt de la Cour de Paris du 7 février 1870 (S. 71.II.149) et dans ceux d'un arrêt de la Cour de Rouen du 25 janvier 1877 (D. P. 78.II.42). Cette idée a même été acceptée par des auteurs, par Bédarride et Massé (2). Celui-ci, il est

(1) Paris, 20 juin et 12 novembre 1849, D. P. 50.V.8 ; Orléans, 25 juin 1850, D. P. 52.II.74 ; Dijon, 16 mai 1859, D. P. 59.V.9. *Addé* l'arrêt récent de Nancy, 5 mars 1894 précité en note.

(2) Bédarride, *De la juridiction commerciale*, 214 ; Massé, *Droit commercial*, 11, 1390. Comparez Montpellier, 19 novembre 1852, S. 53. II.217. L'arrêt de Paris allègue aussi pour motif que l'achat d'un fonds de commerce est le premier acte de la profession commerciale ; cette observation est juste mais elle est toute pratique et ne peut au point de vue juridique expliquer le caractère commercial de l'opération. La Cour de Paris s'est encore décidée sur ce motif dans un arrêt du 30 juillet 1870 (S. 71.II.149).

vrai, y ajoutait un raffinement : il prétendait qu'exploiter un fonds de commerce, c'est le revendre en détail. Cette dernière assertion avait le tort de n'être qu'une subtilité. L'autre idée n'était qu'une confusion : la pensée de revendre tôt ou tard n'est pas l'intention de revendre ; le fonds n'est pas acheté pour être revendu et dès lors, l'achat n'est pas commercial par lui-même, pas plus que ne l'est l'achat d'un cheval de luxe bien que l'acheteur sache fort bien qu'il revendra un jour ce cheval.

Un argument qui a été très en faveur était fourni par la considération des marchandises qui font partie du fonds de commerce et qui, elles, sont bien achetées pour être revendues. La plupart des auteurs, Bédarride, Orillard, Massé, Demangeat, M. Ruben de Couder l'ont invoqué (1). Il est esquissé également dans l'arrêt de la Cour de Paris du 7 février 1870 que nous venons de citer et fait le fond d'un arrêt de la Chambre des requêtes du 8 mars 1880 (D. P. 81. I. 261). Il est d'ailleurs très insuffisant ; les marchandises sont une partie du fonds de commerce mais ne sont pas le fonds de commerce et la vraie conclusion que comporte l'argument, c'est que l'achat des marchandises est commercial, que l'achat du fonds de l'est pas. On dira que le fonds peut être considéré comme l'accessoire des marchandises ; quand il en est ainsi sans doute et quand l'ensemble de l'opération est indivisible, le motif est bon. Mais il arrive souvent que les marchandises sont au contraire un élément secondaire ; en vertu de quelle règle alors joueraient-elles un rôle prépondérant ?

(1) Bédarride, *De la juridict. commerc.*, 214 ; Orillard, *De la compét. et de la procédure des trib. de commerce*, 261 ; Massé, *Droit commerc.*, t. II, 1390 ; Demangeat sur Bravard, VI, p. 330 ; Ruben de Couder, *Dictionnaire*, v^o *Acte de com.*, 94.

Le seul motif qui établisse sérieusement la commercialité de l'achat d'un fonds de commerce, c'est la considération de ce fait que cet acte est accompli en vue du négoce (1). Il a du reste été invoqué une fois et bien inopinément, eu égard à l'époque, par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt rendu le 18 janvier 1862 (D. P. 62. V. 7). La théorie de l'accessoire dégagée de toute idée de compétence personnelle et d'influence de la qualité de l'agent est la véritable explication doctrinale du caractère commercial de l'achat d'un fonds de commerce. C'est à elle et à elle ainsi perfectionnée que recourent MM. Lyon-Caen et Renault pour aboutir à cette solution (2) ; c'est à elle que devraient recourir les tribunaux pour établir la simplicité et l'uniformité dans leur manière de juger cette importante question.

La vente du fonds de commerce pour mettre fin à l'exploitation dont il est l'objet, est également commerciale par relation. Sans doute elle n'a pas pour but de rendre possible ou de favoriser des actes de commerce, à moins

(1) Bédarride et Bravard, *loc. cit.*, font observer aussi que l'achat d'un fonds de commerce est fait en vue du négoce. Mais comme ils donnent en même temps d'autres raisons en faveur de la commercialité, que d'ailleurs ils ne sont ni l'un ni l'autre de ceux qui ont bien compris la théorie de l'accessoire (voir chapitre III, section 2), il semble bien qu'ils n'aient pas vu la portée doctrinale de leur observation et qu'ils l'aient faite en se plaçant au point de vue du bon sens pratique, non au point de vue juridique.

(2) *Traité*, I, 175 ; M. Thaller (*Traité élément.*, 73) rattache aussi à la théorie de l'accessoire la commercialité de l'achat d'un fonds de commerce ; mais comme il ramène cette théorie à une idée de compétence personnelle, il est obligé d'expliquer le caractère commercial de l'opération par une influence anticipée de la qualité de commerçant qu'acquiert l'acheteur en embrassant une profession commerciale. Nous avons critiqué ce raisonnement au chapitre IV, section 5.

cependant que le vendeur ne se trouve à la tête de plusieurs fonds différents et ne cède l'un pour faciliter l'exploitation des autres. Dans le cas ordinaire où le fonds vendu est le seul qu'exploite le vendeur, celui-ci évidemment ne songe pas par cet acte à entretenir ses affaires, puisque la cession qu'il consent a justement pour but de les terminer.

Cela n'empêche pas que la vente ainsi faite ne soit un acte accompli en vue de l'exploitation commerciale et ne soit commerciale en vertu de la théorie de l'accessoire. L'exploitation commerciale en effet, ne doit pas être réduite à n'être que la somme des actes de commerce par eux-mêmes qu'accomplit celui qui la dirige. Elle est un ensemble, un organisme réunissant toutes les opérations qui tendent directement ou indirectement au but poursuivi par le négociant, à la réalisation de bénéfices par le moyen du commerce. Elle comprend certainement la gestion et aussi la réalisation des capitaux engagés. Or la vente du fonds de commerce n'est que l'opération juridique par laquelle le négociant qui quitte les affaires réalise la part la plus importante de son capital (1). Il est donc tout à fait conforme aux règles que nous avons posées de reconnaître à cette opération le caractère commercial.

Cette solution est d'ailleurs admise en doctrine et en jurisprudence (2). Les tribunaux en même temps qu'ils se

(1) L'héritier qui vend le fonds de commerce compris dans la succession à laquelle il est appelé ne songe point par là à réaliser des capitaux commerciaux ; à ses yeux le fonds de commerce n'est qu'une valeur civile comme les autres. Par suite cette vente est civile. En ce sens : Alauzet, *op. cit.*, VI, 2968 ; Anvers, 31 décembre 1877, *Jurisp. d'Anvers*, 78.1.48.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, I, 175 ; Appert, *op. cit.*, 310 ; Alauzet, *op. cit.*, VI, 2968 ; Trib. com. St-Etienne, 28 juin 1898, *Droit*

partageaient sur la question de l'achat d'un fonds de commerce, c'est-à-dire de 1830 à 1845 environ (1), se divisaient également sur la question de la vente. L'accord se fit ensuite en faveur de la commercialité, et sur cette seconde question, les tribunaux eurent l'avantage de pouvoir invoquer l'article 634-1° même avec l'idée régnante de la compétence personnelle. En effet, celui qui vend un fonds de commerce pour se retirer des affaires a la qualité de commerçant, si du moins il a exploité ce fonds jusqu'au moment de la cession, et cette qualité doit imprimer le caractère commercial à son acte (Lyon, 15 mars 1856, D.P. 56. II.201 ; Paris, 20 décembre 1877, S. 78.II.254). Sans doute, la cession de fonds enlève au cédant la qualité de commerçant, mais c'est là une conséquence de cet acte, un effet qui le suit, qui ne le précède pas ; et cet effet n'empêche point qu'au moment de la cession, le vendeur n'agisse encore en sa qualité de commerçant (Angers, 5 mars 1857, D. P. 57.II.156). Cependant, un arrêt de la Cour de Paris du 30 juillet 1870 (S. 71.II.149) est simplement motivé par cette considération pratique que la vente du fonds de commerce est le dernier acte de la profession du commerçant ; mais cet arrêt vise en même temps l'acte de cession au point de vue de l'acheteur et nous savons que pour l'achat d'un fonds de commerce, la qualité de commerçant n'existant pas chez l'agent ne pouvait être invoquée (2).

Un auteur influent, M. Massé, à peu près à l'époque où

du 11 août 1898 ; Nancy, 5 mars 1894, D. P. 94.II.232 ; Req., 23 mars 1891, D. P. 91.I.485 ; Trib. civ. Cambrai, 7 juillet 1886, *Droit* du 2 juin 1887. La jurisprudence plus ancienne va être analysée au texte.

(1) *Répertoire de Dalloz*, v° *Acte de commerce*, n° 69.

(2) Pourtant l'arrêt de Lyon du 15 mars 1856 que nous venons de citer allègue la qualité de commerçant chez l'acheteur comme chez le vendeur.

les tribunaux commençaient à reconnaître le caractère commercial de la vente d'un fonds de commerce, a contre-dit cette solution (*Droit commerc.*, t. II, 1390, *in fine*) (1). Il n'a point du reste donné les raisons de son attitude. Sans doute, elle s'explique *a contrario* par la façon singulière dont il comprenait la commercialité de l'achat d'un fonds de commerce pour l'exploiter ; il prétendait qu'exploiter un fonds de commerce, c'est le revendre au détail, assertion qui ne pouvait servir à justifier la commercialité de la vente. M. Massé aurait pu pourtant considérer dans la vente, comme il le faisait dans l'achat, la présence des marchandises et il est difficile de deviner pourquoi il a négligé cette considération dont s'est emparé peu après M. Bédarride pour justifier la jurisprudence (*De la juridict. commerc.*, 214).

Il est clair d'ailleurs que cet argument tiré de la présence des marchandises faisant partie du fonds est aussi insuffisant pour fonder le caractère commercial de la vente d'un fonds de commerce que pour fonder celui de l'achat. Quant à la qualité de la personne, nous savons qu'elle fonde non la commercialité mais seulement la présomption de commercialité. Seule la relation avec l'exploitation commerciale peut justifier le caractère commercial de la vente d'un fonds de commerce. Les tribunaux cependant n'en sont pas encore à cette idée ; dans la jurisprudence récente nous trouvons un arrêt de la Cour de cassation du 23 mars 1891 (D. P. 91.I.485) où le caractère commercial de la cession est affirmé sans commentaires et un arrêt de la Cour de Nancy du 5 mars 1894 (D. P. 94.

(1) Un arrêt de la Cour de Paris du 9 juin 1869, D. P. 70.II.6, est aussi, mais implicitement, contre la commercialité de la vente d'un fonds de commerce.

II. 232) où il est dit que la cession du fonds est la conclusion de l'exploitation. Observation fort juste, mais qui, ainsi isolée et dissociée de la théorie de l'accessoire à laquelle il n'est fait aucune allusion, reste sans valeur juridique.

Il arrive assez souvent que dans la cession d'un fonds de commerce (nous ne distinguons plus ici entre l'achat et la vente)² des immeubles sont compris, que par conséquent des mutations foncières s'opèrent sous le couvert d'une mutation de fonds de commerce. Puisque nous avons admis que tout transfert de propriété immobilière est par sa nature essentiellement civil, quelle solution adopterons-nous en pareil cas ? Il faut distinguer : Si dans la convention on peut discerner les clauses qui se rapportent à la cession de l'immeuble et celles qui se rapportent à la cession du fonds, si l'opération est divisible soit qu'elle ait été faite en deux actes séparés, soit que le prix stipulé ait été affecté par fractions au paiement de l'immeuble et au paiement du fonds ; alors la vente de l'immeuble qui en théorie est civile doit être pratiquement traitée comme telle puisqu'aucun obstacle ne s'y oppose. Si au contraire l'opération est indivisible, la cession quoique toujours civile en théorie en tant qu'elle porte sur les immeubles, est pratiquement traitée comme commerciale puisqu'elle se confond sans discernement possible avec une vente commerciale. A condition, bien entendu, que les immeubles ne soient par rapport au fonds de commerce qu'une valeur secondaire. S'ils étaient au contraire le principal, leur présence maintiendrait toute l'opération sous le régime du droit civil. C'est une application de l'adage : *accessorium sequitur principale* dont nous avons discuté le sens et la portée au début de notre chapitre IV.

L'arrêt de la Cour de Nancy du 5 mars 1894, que nous avons cité plus haut, a appliqué avec beaucoup de justesse la distinction que nous venons d'exposer (1).

Souvent l'immeuble compris dans le fonds de commerce est simplement loué, non pas vendu. Cet arrangement a l'avantage d'exiger de l'acheteur une avance de fonds moins considérable et de laisser au vendeur une propriété qu'il tient peut-être à conserver pour des raisons particulières. Mais après la discussion que nous avons faite du caractère des opérations immobilières (chap. V, section 3) le bail d'immeuble ainsi compris dans une cession de fonds de commerce ne peut soulever pour nous aucune difficulté. Nous avons admis que la location d'immeubles n'offrait aucune résistance véritable à la théorie de l'accessoire, qu'elle pouvait être aussi bien commerciale que civile suivant les règles ordinaires de la commercialité. Nous en concluons que si une cession de fonds de commerce et une location d'immeuble se trouvent combinées, toute l'opération est toujours commerciale sans qu'on ait à voir si les divers éléments de la convention peuvent être scindés, ni si le fonds de commerce vaut plus ou moins que l'immeuble. Nous allons constater ci-après, en étudiant l'application de la théorie de l'accessoire au louage de choses, que la jurisprudence est très favorable à cette solution.

§ 2. — Application de la théorie de l'accessoire au louage de choses.

La théorie de l'accessoire s'applique au contrat de louage comme elle s'applique au contrat de vente. Chaque fois que

(1) Voir aussi en ce sens : Dutruc, *Dictionnaire du contentieux commercial*, v^o *Acte de com.*, 89 ; Comparez Lyon-Caen et Renault, 1, 175, *in fine*.

le négociant prend en location en vue de son commerce un objet quelconque, il accomplit un acte de commerce par relation. Il en est ainsi par exemple quand le commerçant loue des chevaux ou des voitures pour ses transports ou pour ses tournées de clientèle, quand il loue des machines ou du matériel, quand il loue de la force motrice etc. Nous empruntons ces hypothèses à la jurisprudence (Orléans, 19 novembre 1844, D. P. 45.IV.101 ; Cass., 1^{er} décembre 1851, S. 52.I.23 ; Rennes, 1^{er} mai 1877, D. P. 79. II.98). Les auteurs sont d'ailleurs en complet accord avec les tribunaux sur cette question (1).

Du côté du bailleur, le contrat est également commercial quand il est passé en vue du commerce. Il est vrai qu'on imagine assez difficilement un négociant donnant un objet en location dans l'intérêt de son commerce (en dehors des cas bien entendu où une telle opération serait commerciale par elle-même). Voici pourtant un exemple que nous empruntons à la jurisprudence de la Cour de Douai : un brasseur loue une maison dont il est propriétaire à un preneur qui doit l'exploiter comme cabaret et se fournir de bière exclusivement chez le bailleur (Douai, 28 janvier 1891, *Jurisp. Douai*, 1891, p. 66).

Cet arrêt est d'ailleurs intéressant à un autre point de vue : il nous ramène à la question du louage d'immeuble. Nous avons établi au chapitre V, section 3, que le louage d'immeuble pouvait être commercial par relation, qu'il ne résistait pas à la théorie de l'accessoire. Nous avons

(1) Lyon-Caen et Renault, I, 171 ; Ruben de Couder, *Diction.*, v^o *Acte de com.*, 10 ; Molinier, *Traité de droit com.*, 24 ; Orillard, *Compét. et procéd. des trib. de com.*, 259. On ne trouve en sens contraire que des arrêts très anciens, par exemple : Bordeaux, 5 mars 1831, *Panlectes chronologiques*.

dû reconnaître d'ailleurs que la doctrine dans l'ensemble n'est pas favorable à cette opinion. Par contre l'arrêt de la Cour de Douai semble indiquer que les tribunaux inclinent à admettre la commercialité du louage d'immeuble accessoire à une exploitation commerciale et nous fournit l'occasion d'analyser brièvement la jurisprudence relative à ce problème.

Les arrêts anciens pour la plupart se prononcent contre le caractère commercial et affirment la nature essentiellement civile du louage d'immeuble. Quelques-uns seulement sont favorables à l'opinion contraire que nous avons admise (1). Mais dès l'année 1850, sur le point spécial du bail d'immeuble combiné avec une cession de fonds de commerce, on peut constater la formation d'un courant d'idées qui, paraissant créer simplement une exception à la règle, est arrivé aujourd'hui par la force de la logique à renverser cette règle. Le 28 mai 1850 la Cour de Colmar (D.P.52.V.7) et le 22 juillet 1852 la Cour de Paris (D. P.52.V.96), ayant à se prononcer sur le caractère civil ou commercial d'un bail d'immeuble joint à une cession de fonds de commerce, reconnurent le caractère commercial de toute l'opération.

Le 7 février 1870, la Cour de Paris (S. 71.II.149) tranchait encore dans le même sens la même difficulté et entre temps, le 19 avril 1864, la Cour de Dijon (D. P. 66.

(1) Contre la commercialité : Douai, 24 mai 1871, *Jurisp. Douai*, t. 29, p. 105 ; Trib. com. Marseille, 17 mai 1867, D. P. 67.III.79 ; Rouen, 2 juillet 1849, D. P. 50.II.48 ; Bordeaux, 2 juillet 1847, S. 48. II.247 et d'autres décisions plus anciennes mentionnées au *Répertoire de Dalloz*, v° *Acte de com.*, 310 et v° *Compét. commerc.*, 65. Pour la commercialité : Colmar, 28 novembre 1849, D. P. 52.II.201 ; Paris, 12 janvier 1856, *Droit* du 18 janvier 1856 ; Douai, 12 novembre 1861, *Jurisp. Douai*, t. 19, p. 415.

I.313) avait donné la même solution sur une difficulté analogue : celle que soulevait le caractère d'un bail d'immeuble consenti par l'un des contractants dans un contrat constitutif de société commerciale. Ces décisions étaient sans portée si elles étaient amenées simplement par l'impossibilité pratique de décomposer les opérations. Elles n'étaient alors que des solutions d'espèces et ne pouvaient avoir plus d'influence sur la question d'ensemble du louage d'immeuble que ne peut en avoir sur celle de la vente d'immeuble l'arrêt de Nancy du 5 mars 1894 (D. P. 94.II.232) dont nous avons parlé quelques pages plus haut, — cet arrêt qui déclare commerciale dans l'ensemble une cession de fonds de commerce comprenant une cession d'immeuble, parce que l'opération est indivisible en fait.

Mais en réalité les motifs de ces divers arrêts n'insistent guère sur une telle nécessité pratique ; ils consistent avant tout ou même uniquement dans cette considération que le bail d'immeuble est l'accessoire de la cession du fonds de commerce et doit lui emprunter son caractère. Et cette proposition appliquée à des espèces où peut-être la distinction de l'opération immobilière et de l'opération mobilière était possible, contredisait implicitement l'idée du louage d'immeuble essentiellement civil ; elle contenait cette autre idée toute contraire que moyennant des circonstances favorables le louage d'immeuble peut être commercial. Du reste la Cour de cassation qui a eu depuis à examiner la question a bien montré que cette pensée était au fond des esprits. Le 29 janvier 1883 et le 23 mars 1891 (D. P. 83.I.314 et 91.I.485) elle a reconnu le caractère commercial de baux d'immeubles accessoires à des cessions de fonds de commerce, alors que les hypothèses se prêtaient fort bien à la séparation des deux opéra-

tions (1), alors même (c'est le cas jugé par le second arrêt) que le bail d'immeuble et la cession du fonds de commerce avaient été consentis par actes séparés.

Logiquement la jurisprudence ne pouvait en rester là. Si la location d'immeuble ne résiste pas par elle-même à la commercialité, il n'y a aucune raison pour ne pas lui appliquer purement et simplement la théorie de l'accessoire comme à tout contrat. La location d'immeuble doit être reconnue commerciale non seulement quand elle se rattache à une cession de fonds de commerce, mais encore quand elle se rattache directement et isolément à un commerce. Et de fait l'arrêt de la Cour de Douai du 28 janvier 1891 qui a assigné le caractère commercial à la location d'un cabaret par un brasseur à un preneur qui doit l'exploiter, observe simplement que le contrat a été consenti par les deux parties en vue de leur commerce ; il n'invoque point l'idée d'une cession de fonds de commerce qui d'ailleurs n'aurait pu rien expliquer puisque dans l'espèce l'immeuble était évidemment de beaucoup l'élément le plus important du fonds de commerce et n'aurait pu être considéré comme l'accessoire.

De même un arrêt de la Chambre des requêtes du 21 mars 1892 (D. P. 92.I.228) ayant à qualifier la prise en location par le concessionnaire d'un établissement thermal, du casino, du théâtre et des hôtels qui en étaient les annexes, déclare l'acte commercial simplement parce qu'il est relatif au négoce.

On peut donc dire que dès maintenant les tribunaux tendent sérieusement à reconnaître que la location d'im-

(1) *Adde* : Trib. com. Saint-Etienne, 28 juin 1898, *Droit* du 11 août 1898.

meuble peut être commerciale en vertu de la théorie de l'accessoire ; d'autant mieux que depuis longtemps l'ancienne règle du caractère civil n'a été rappelée par aucun arrêt.

Les fonds de commerce susceptibles d'être vendus sont aussi susceptibles d'être loués ; quel est le caractère du bail d'un fonds de commerce ?

Au point de vue du preneur, nous pensons que le caractère commercial de l'acte est indiscutable, si du moins ce preneur loue le fonds pour l'exploiter et par conséquent agit en vue du commerce qu'il va entreprendre ou en vue de développer un commerce qu'il exerce déjà.

Au point de vue du bailleur, le contrat est également commercial si ce bailleur le passe en vue de favoriser son commerce, si par exemple, se trouvant à la tête d'une maison de gros importante, il loue une de ses succursales à un tenancier qui doit la gérer pour son compte, mais qui ne doit s'approvisionner qu'en marchandises provenant de l'établissement principal. En dehors de ce cas, quand la location a simplement pour but de mettre fin aux affaires du bailleur et de permettre à celui-ci de se retirer, nous pensons que l'acte est civil. Il ne serait pas juste en effet de considérer cette location comme l'opération juridique par laquelle le commerçant cherche à réaliser les capitaux qu'il a engagés et à conclure son exploitation par un acte qui lui en procure un dernier profit. A la vérité, par le fait que le commerçant qui quitte les affaires loue son fonds de commerce au lieu de le céder définitivement, il montre que dès avant cette location, il considère son fonds comme une valeur quelconque, comme un élément de son patrimoine dont il veut tirer un revenu. Quand, à l'expiration du bail, le propriétaire du fonds devra le renouveler, assu-

rément il n'aura dans l'esprit aucune pensée de négoce ; il agira simplement comme un rentier qui, par la gestion de ses biens, maintient le niveau de sa fortune. Mais dès la première location, le propriétaire du fonds de commerce n'agit pas autrement ; il a abandonné l'esprit de lucre pour ne plus songer qu'à administrer ce qu'il possède : sa location est un acte civil (1).

**§ 3. — Application de la théorie de l'accessoire
au louage de services.**

Pendant une période assez longue à dater de la promulgation du Code de commerce, les tribunaux refusèrent d'appliquer au louage de services l'article 631-1°. Ils prétendaient que le contrat par lequel un négociant engage des employés, des ouvriers, des serviteurs de toutes sortes est un acte civil à son égard et l'article 634 § 1 était le fondement de cette jurisprudence bizarre (2). « Les tribunaux de commerce, dit ce texte, connaîtront : 1° Des actions *contre* les facteurs, commis des marchands ou leurs serviteurs pour le fait seulement du trafic du marchand auquel ils sont attachés ». Or dans la législation qu'abrogeait le Code, l'article 5, titre 12 de l'ordonnance de 1673 disait : « Les juges-consuls connaîtront des gages, salaires et pensions des commissionnaires, facteurs ou serviteurs pour fait du trafic seulement ». Sous l'empire de cet ancien texte très général, on avait admis la compétence des tribunaux consulaires aussi bien pour les actions des serviteurs contre

(1) En sens contraire : Colmar, 28 mai 1850, S. 51.II.487 ; Trib. civ. de Tulle, 27 mars 1895, D. P. 97.II.363.

(2) Voir en ce sens une série d'arrêts mentionnés au *Dictionnaire* de Massé et Devilleneuve, v° *Acte de commerce*, n° 133 (édition de 1839).

les patrons que pour celles des patrons contre les serviteurs ; si le texte nouveau ne parlait plus que de celles-ci, c'est que celles-ci seules restaient de la compétence des tribunaux de commerce, c'est que les rédacteurs du Code avaient voulu modifier en le restreignant le droit antérieur.

Cette argumentation, à supposer qu'elle fût juste, n'avait pas une portée suffisante pour faire qu'en toute hypothèse le louage de services ne pût pas être commercial par relation. L'article 634 § 1 en effet ne parle que « des facteurs, commis des marchands et de leurs serviteurs », et évidemment les négociants passent souvent ce contrat avec des personnes qui ne deviennent pour cela ni leurs employés ni leurs serviteurs, par exemple avec des architectes, des entrepreneurs, etc. D'autre part, le raisonnement qu'appuyait l'article 634 § 1 ne s'appliquait pas seulement à certaines espèces de louage de services, mais aussi à certaines espèces de mandat, car le mot « facteurs » ne désigne pas seulement les employés subalternes, mais aussi les préposés qui ont mission de conclure des affaires et qui représentent le patron.

Ce sont là d'ailleurs de simples observations sur lesquelles nous n'insistons pas ; l'important est de remarquer que la jurisprudence dont nous parlons reposait sur une erreur. Des signes très clairs auraient dû le faire voir dès le principe : d'abord pourquoi les rédacteurs du Code de commerce auraient-ils considéré le louage de services comme commercial au regard des employés, tandis qu'ils l'auraient considéré comme civil au regard du commerçant ? Pourquoi auraient-ils ainsi défigurés les faits par un droit qui eût été exactement l'inverse de la réalité ? En outre, était-il conforme aux règles de la saine interprétation des textes d'admettre que l'article 634 § 1 imposait impli-

citement une restriction à l'article 631-1° ? N'était-il point plus raisonnable de considérer la disposition de l'article 634 § 1 comme un complément ajouté à l'article 631-1° sur un point spécial ? Ce dernier texte permettait aux employés des commerçants d'actionner leurs patrons devant les tribunaux de commerce; puisque le louage de services fait naître des obligations à la charge du commerçant comme tel; l'article 634 § 1 devait avoir pour but de permettre au patron d'actionner également ses employés devant le tribunal de commerce, quoique leur engagement à leur point de vue ne fût pas commercial et cela pour satisfaire l'utilité pratique et pour rester dans la tradition de l'ordonnance de 1673. Si ceux qui soutenaient l'interprétation que nous critiquons s'étaient reportés aux travaux préparatoires, ils auraient vu qu'en effet la pensée des rédacteurs du Code avait été de placer les facteurs et commis des marchands sous la juridiction consulaire comme les patrons s'y trouvaient eux-mêmes et non de soustraire ceux-ci à cette juridiction pour les litiges nés du louage de services (1). Le véritable sens de l'article 634 § 1 fut d'ailleurs établi bientôt par la Cour de cassation (15 décembre 1835, S. 36.I.333) (2) et depuis il a toujours été respecté.

Aujourd'hui donc il est bien établi que quand un négociant conclut en vue de son exploitation un contrat de louage de services, ce négociant fait acte de commerce. Des arrêts récents proclament ce principe en des termes très généraux (Paris, 23 janvier 1890, D. P. 90, II, 275; Besançon, 15 janvier 1895, D. P. 95. II. 535).

(1) Voir Loaré, *Esprit du Code de commerce*, IV, sur l'article 631, p. 95.

(2) *Adde* : Limoges, 30 juillet 1836, S. 36.II.389; Lyon, 7 mai 1841, *Répert. Dalloz*, v° *Commerçant*, 49, note 3; Bordeaux, 17 juillet 1846, S. 48.II.431.

On l'applique d'ailleurs au louage des commis et des employés (Trib. de paix XX^e arrond. Paris, 31 août 1897, *Gaz. des Trib.*, 29 octobre 1897 ; Chambéry, 3 décembre 1883, S. 85.II.178 ; Dijon, 1^{er} avril 1874, D. P. 75.II.81).

On l'applique au contrat par lequel l'entrepreneur de spectacles engage les acteurs (Nîmes, 21 février 1893, D. P. 93.II.439).

On l'applique au contrat par lequel la direction d'un journal dont l'exploitation est commerciale, s'attache des rédacteurs (Trib. civ. Seine, 18 décembre 1885, *Pand. fr.*, 86.II.35).

On l'applique au contrat par lequel le commerçant commande les travaux de réparation qui sont nécessaires pour l'entretien de son matériel mobilier (Bruxelles, 6 avril 1853, D. P. 54. V. 161) (1).

Et, à notre avis, quelque forme spéciale qu'affecte le louage de services, on ne doit pas hésiter à appliquer toujours la même règle. Ainsi sont commerciales par relation les conventions par lesquelles le négociant stipule d'un vétérinaire qu'il soignera à forfait les chevaux employés à ses transports ; d'une agence de renseignements qu'elle lui fera connaître le crédit de ceux avec qui il traite ; d'un journal qu'il fera pour lui des annonces commerciales ; même d'un avocat qui le conseillera sur ses litiges commerciaux et les plaidera au besoin etc. A dessein nous rassemblons les hypothèses les plus disparates pour mettre en relief la généralité de notre règle (2). Observons encore

(1) Sur les travaux de construction et de réparation d'immeubles voir la fin de ce paragraphe 3.

(2) Par arrêt en date du 10 février 1887 (*Pand. franç.*, 88.V.23) la Cour suprême d'Autriche a jugé que les contestations entre un commerçant et l'interprète employé par lui dans un voyage d'affaires à l'étranger sont de la compétence du tribunal de commerce.

que le contrat de transport dont personne ne songera à discuter le caractère commercial à l'égard de l'expéditeur commerçant n'est qu'un louage de services combiné avec un contrat de dépôt (1).

Doit-on appliquer la théorie de l'accessoire au louage des ouvriers d'industrie ? M. Thaller (*Traité élém.*, 22 et 25) enseigne que ce point est douteux. Il pense que ce contrat ne se rattache pas assez directement au commerce du patron, qu'il se rapporte avant tout à la partie industrielle de l'exploitation et qu'à ce titre il doit être soumis à la législation industrielle, non à la législation commerciale.

Nous ne songeons pas à discuter la constatation de fait sur laquelle s'appuie cette argumentation ; il est parfaitement vrai que dans toute entreprise où les matières achetées sont travaillées et plus ou moins transformées avant d'être revendues, on peut distinguer une partie industrielle et une partie commerciale et que le louage des ouvriers se rattache à la partie industrielle. Mais la séparation entre les opérations industrielles et les opérations commerciales n'est pas assez radicale pour empêcher que les contrats

(1) Le contrat par lequel on stipule les services d'un notaire semble n'être qu'un louage de services ; mais ce contrat ne peut jamais être commercial pour le client même quand il se rattache à un commerce comme s'y rattache par exemple la convention par laquelle on stipule d'un notaire qu'il dressera un acte de société commerciale. Le notaire est en effet un officier ministériel et sa demande en paiement de frais relève du tribunal civil (art. 60, Proc. civ.). Le contrat par lequel on s'assure pour une affaire les services d'un courtier est aussi un louage de services puisque le courtier ne contracte pas au nom de ses clients. Et ce contrat est commercial par relation pour le conductor. Certains courtiers, il est vrai, sont des officiers ministériels ; mais l'article 632, § 4, du Code de commerce en déclarant commerciales par elles-mêmes les opérations de courtage écarte forcément ici l'application de l'article 60 du Code de procédure civile.

relatifs à l'industrie ne soient en même temps relatifs au commerce. Au contraire, les opérations industrielles ne sont qu'un élément dans l'ensemble de l'exploitation et au point de vue du but poursuivi, c'est-à-dire au point de vue des profits à réaliser, sont subordonnées aux exigences du commerce. En vérité, malgré la distinction qui existe très réellement entre les opérations industrielles et les opérations commerciales, quand un contrat se rattache spécialement aux premières, il n'en est pas moins l'accessoire des secondes, à cause du lien intime qui réunit ces deux catégories distinctes. Cela est si vrai que M. Thaller lui-même classe parmi les actes de commerce par relation les achats de machines (*op. cit.*, 55-1°).

Et maintenant, ce fait que le louage des ouvriers d'industrie se rattache à la partie industrielle de l'exploitation et semble devoir relever d'une législation particulière, empêche-t-il la relation qui réunit malgré tout ce contrat au commerce de produire son effet ordinaire et d'imprimer à ce contrat le caractère commercial ?

Cela ne peut être que si un texte spécial l'ordonne ainsi, car la législation industrielle qui en somme ne forme pas un corps de droit, ne contient encore aucun principe général qui enlève au droit commun les contrats industriels, ni d'ailleurs aucun système de règles applicables à ces contrats. Si bien que nous devons abandonner l'opinion de M. Thaller si nous reconnaissons que les textes qui visent spécialement le louage d'ouvrage, ne s'opposent pas à la compétence du tribunal consulaire quand ce contrat est relatif au négoce.

Or, sur cette question du tribunal compétent pour connaître du louage d'ouvrage, nous trouvons d'abord les textes qui instituent la juridiction des prud'hommes. De la

combinaison de l'article 6 de la loi du 18 mars 1806 avec l'article 10 du décret du 20 février 1810 et avec l'article 13 de la loi du 1^{er} juin 1853, résulte la règle suivante : Quand un différend s'élève entre un ouvrier et son patron, que l'un ou l'autre soit demandeur, si la fabrique où travaille l'ouvrier est placée dans le ressort d'un conseil de prud'hommes et si le métier qui s'y exerce a été visé par le décret d'institution de ce conseil, l'affaire doit être soumise à celui-ci.

Cette règle est absolue, elle s'applique aussi bien quand le patron est commerçant que quand il ne l'est pas. Cela résulte avec évidence du caractère de spécialité de la juridiction des prud'hommes et cela impose une restriction à la compétence du tribunal de commerce (1). Cette restriction cependant est loin de détruire la compétence du tribunal de commerce en ce qui touche le louage d'ouvrage, puisque les conseils de prud'hommes n'existent que dans certains centres industriels et puisque, même où ils existent, ils ne sont institués que pour certaines industries. Le tribunal de commerce ne doit-il pas être compétent pour connaître de l'action qu'un ouvrier veut introduire contre son patron commerçant s'il n'existe pas de conseil de prud'hommes dans l'endroit, ou si le conseil qui y est établi est incompétent ?

On n'hésiterait pas à le reconnaître si la loi du 25 mai 1838 sur la compétence des juges de paix ne contenait une disposition qui au premier abord semble viser les

(1) Notons cependant que, d'après un arrêt rendu par la Chambre des requêtes le 28 mai 1894 (D. P. 95.1.14), quand le conseil des prud'hommes est compétent, les intéressés ont le choix entre cette juridiction et la juridiction ordinaire. Il n'est guère possible de justifier cette solution.

procès de ce genre. L'article 5 § 3 de cette loi décide que les juges de paix connaissent sans appel jusqu'à la valeur de 100 francs et à charge d'appel quelle que soit la valeur en litige : « 3° des contestations relatives aux engagements respectifs des gens de travail au jour, au mois et à l'année et de ceux qui les emploient ;.. des maîtres et de leurs ouvriers ou apprentis, sans néanmoins qu'il soit dérogé aux lois et règlements relatifs à la juridiction des prud'hommes ». Pendant de longues années ce texte a servi de base à une jurisprudence qui, à défaut de conseil de prud'hommes compétent, attribuait au juge de paix la connaissance exclusive de tous litiges relatifs au contrat de louage entre employeurs commerçants ou non et ouvriers (1).

Une portée si large donnée à l'article 5 § 3 de la loi de 1838 s'accordait mal avec celle qu'on donnait à l'article 1^{er} de la même loi. Les tribunaux reconnaissaient que cet article 1 qui parle de « toutes actions purement personnelles ou mobilières » ne vise que les affaires civiles, non les affaires commerciales (2) ; pourquoi attribuaient-ils un sens plus large à l'article 5 § 3 ? D'ailleurs cette jurisprudence avait un tort plus grave : elle troublait l'ordre des juridictions : le juge de paix, dans la hiérarchie judiciaire, se rattache uniquement au groupe des juridictions civiles, il est totalement étranger à la juridiction commerciale et par suite ne doit pas juger d'affaires commerciales. A quoi

(1) Trib. civ. Lyon, 3 février 1886, Loi du 6 novembre 1886 ; Nancy, 2 juillet 1873, D. P. 74.II.77 et les renvois sous cet arrêt. Dans le même sens, outre M. Thaller, *op. cit.*, 23 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, I, 569.

(2) Voir notamment en ce sens : Cass., 4 novembre 1863, D. P. 63. I. 473.

il est bon d'ajouter qu'en élaborant l'article 5, les rédacteurs de la loi de 1838 avaient été guidés simplement par la pensée d'élever le quantum de la compétence des juges de paix sur certaines contestations spéciales et non de leur attribuer des litiges dérobés aux tribunaux de commerce.

Ces diverses considérations ont amené un revirement de jurisprudence. Depuis presque vingt ans, les tribunaux décident que l'article 5, § 3 de la loi du 25 mai 1838 ne vise en aucune manière les contestations commerciales, qu'il vise uniquement le louage d'ouvrage civil (Cass., 23 mai 1882, D. P. 83. I. 289 ; Douai, 30 janvier 1889, *Jurisp. Douai*, 89. 82 ; Angers, 29 novembre 1890, *Pand. franç.*, 91. II. 150 (1).

S'il en est ainsi, quand un commerçant engage des ouvriers pour son travail industriel, la relation qui unit ce contrat au négoce du patron doit conformément à la théorie de l'accessoire, imprimer à ce contrat le caractère commercial ; la législation industrielle n'apporte en cette matière aucune exception au droit commun ; le patron commerçant peut être poursuivi par ses ouvriers devant le tribunal de commerce. C'est ce que décident aujourd'hui les tribunaux (*Adde* aux arrêts que nous venons de citer : Cass., 30 novembre 1897, *Gaz. des Trib.*, 4 février 1898 ; Cass., 5 février 1896, D. P. 96. I. 578 ; Trib. com. Marseille, 24 janvier 1895, D. P. 96. I. 421) (2).

(1) *Adde* : Cass., 18 novembre et 30 décembre 1890, D. P. 91. I. 108 et 99 (solution implicite) ; *Contra* : Besançon, 16 janvier 1895, D. P. 95. II. 535 (motifs).

(2) Il est bon de faire observer qu'en cette matière comme partout ailleurs, les tribunaux reconnaissent à la partie pour qui l'acte est civil, à l'ouvrier par conséquent, le droit d'opter entre la juridiction civile, qui est ici celle du juge de paix, et la juridiction consulaire.

Du louage de services se rapproche le contrat d'apprentissage qui peut, lui aussi, être passé par un maître commerçant et se rattacher à son négoce. En principe c'est le conseil des prud'hommes qui connaît des difficultés qu'engendre ce contrat, l'article 18 de la loi du 22 février 1851 le décide ainsi. Mais ce texte ajoute qu'à défaut d'un conseil de prud'hommes compétent, la connaissance des litiges appartient au juge de paix du canton. L'idée aujourd'hui admise que la juridiction des juges de paix est purement civile, doit faire entendre ce texte en ce sens qu'au cas où il n'existe pas de conseil de prud'hommes compétent, on revient au droit commun et par suite à la compétence du juge de paix, si toutefois la contestation a le caractère civil. Si la contestation a un caractère commercial, s'il s'agit par exemple d'une réclamation introduite par un apprenti contre son maître commerçant, le tribunal de commerce est compétent. Et en effet le législateur de 1851 n'a eu nullement l'intention de modifier la compétence des tribunaux de commerce ; s'il a parlé de la compétence éventuelle du juge de paix, c'est simplement pour mettre le texte nouveau d'accord avec l'article 5 § 3 de la loi du 25 mai 1838 qui lui aussi énonce parmi les attributions des juges de paix la connaissance des contrats d'apprentissage, à défaut de conseil de prud'hommes compétent. L'article 18 de la loi du 22 février 1851 n'étant qu'une répétition de l'article 5 § 3 de la loi de 1838 ne saurait avoir plus de portée que ce dernier texte (1).

(1) En ce sens : Rouen, 10 mai 1878, S. 80.II.233. Cet arrêt fait une distinction entre l'apprenti commis et l'apprenti ouvrier ; c'est que dans l'espèce il s'agissait d'une action du maître contre l'apprenti et par suite de l'application de l'article 634 § 1. Cette distinction n'empêche point l'arrêt d'être tout à fait catégorique sur le principe que ni le

Les conventions par lesquelles on stipule les services des architectes, des entrepreneurs de construction, des charpentiers, de tous ceux enfin dont le métier se rapporte à l'art du bâtiment, sont encore des formes du louage de services. Quand des conventions de ce genre sont passées par un commerçant en vue de faire construire ou réparer des bâtiments qui doivent servir ou qui servent à son commerce, elles sont commerciales par relation (1). Il est vrai que de tels contrats tendent à la création ou à l'entretien d'immeubles; et qu'on peut en ce sens les classer parmi les opérations immobilières. Mais d'après l'analyse que nous avons faite au chapitre V, section 3, ce ne sont pas toutes les opérations immobilières qui résistent à l'application de la théorie de l'accessoire, mais seulement celles qui entraînent des mutations foncières. Et il est clair que les marchés de travaux n'ont pour objet aucun transport de propriété immobilière, que même, à vrai dire, ils n'ont point des immeubles pour objet puisqu'ils règlent seulement les services et le travail que doivent fournir ceux qui s'engagent. Il est admis d'ailleurs que l'entreprise de construction est commerciale au moins dans certains cas et pourtant elle est relative à des créations d'immeubles.

Prétendra-t-on que le commerçant qui fait construire ou réparer des immeubles agit comme propriétaire en vue

texte de 1838 ni celui de 1851 n'ont touché à la compétence du tribunal de commerce. Noter encore que Pardessus, *Cours de droit com.*, I, 34, enseigne que le contrat d'apprentissage est commercial pour le patron qui s'oblige à instruire l'apprenti.

(1) En ce sens : Moreau, note dans Sirey, 1865. I. 153 ; Labbé, note dans Sirey, 79.I.289 ; Ruben de Couder, *Diction.*, v^o *Acte de com.*, 11 ; Thaller, *Traité élément.*, 61. *Contrà* : Lyon-Caen et Renault, I, n^o 172, note 1.

de bien administrer son patrimoine et non comme commerçant en vue de son négoce ? Nous répondrons que c'est là une pure question de fait. Le négociant qui se fait construire une maison d'habitation n'agit pas en vue de son commerce; celui qui fait construire, réparer ou embellir des bureaux, des magasins, des ateliers agit au contraire en vue de son commerce. M. Labbé (note dans S. 79.I. 289) partisan d'ailleurs de la commercialité possible des marchés de travaux, propose une distinction pour aider à reconnaître dans les cas embarrassants si le commerçant a agi ou non pour son commerce : la construction qui doit être employée aux usages du commerce est-elle une construction légère, faite pour peu de durée, il faut la considérer alors comme commandée uniquement en vue du commerce et comme ayant fait par conséquent l'objet d'une convention commerciale. Au contraire la construction est-elle un bâtiment solide qui, l'exploitation commerciale terminée, pourra être employée à un usage civil, alors celui qui l'a fait édifier a plutôt agi en propriétaire qu'en commerçant et le marché de travaux est civil à son égard. Ces indications données par M. Labbé mettent en relief une idée juste : pour que le marché de travaux soit commercial, il ne suffit pas que le bâtiment qui en est l'objet doive être employé au commerce, il faut que ce soit là son but exclusif et non point sa destination provisoire. Est-ce à dire que toute construction solide ne soit, par ce caractère même, destinée que provisoirement aux usages du commerce ? Cette assertion nous semble bien risquée et et nous croyons préférable de ne pas accepter de principe pour trancher d'avance la question : les faits ne s'analysent pas *a priori*, c'est aux juges de s'éclairer par l'examen des circonstances de la cause.

Terminons sur ce point en notant que la jurisprudence de la Cour de cassation est depuis longtemps très fermement établie en faveur de la solution que nous venons d'exposer (Cass., 28 juin 1843, S. 43.I.574; Cass., 11 avril 1854, D. P. 54.I.182; Req., 27 novembre 1871, D. P. 72.I.92; Cass., 10 juin 1872, D. P. 72.I.263; Cass., 28 janvier 1878, S. 79.I.289) (1).

**§ 4. — Application de la théorie de l'accessoire
au contrat de société.**

Nous n'avons pas à rechercher ici quand la société comme groupe est commerciale. Ce point est réglé par les articles 18 et suivants du Code de commerce et par l'article 6 de la loi du 1^{er} août 1893. Une société comme groupe est commerciale, si on le préfère elle est commerçante, quand elle a pour but de faire le commerce ou encore quand elle est à forme commerciale malgré un objet civil. Ce qui nous intéresse ici, c'est la question de savoir quand le contrat de société, c'est-à-dire la convention qui réunit le groupe social, qui le crée, est commerciale en vertu de la théorie de l'accessoire ; quand le fait par un individu de prendre part

(1) Certains arrêts d'appel et certains jugements ont méconnu la règle posée par la Cour de cassation : Trib. civ. Roanne, 21 novembre 1888, *Pand. franc.*, 89.II.148 ; Dijon, 15 avril 1879, S. 79.II.290 ; Paris, 28 novembre 1869, D.P.70.II.191. La jurisprudence belge est aussi contre la commercialité : Trib. com. Anvers, 23 août 1881 et Bruxelles, 12 juin 1882, S. 82.IV.16 et 43.

Par contre la jurisprudence de la Cour de cassation est suivie dans les décisions suivantes : pour les travaux de construction : Douai, 27 juin 1887, *Jurispr. Douai*, t. 45, p. 226 ; Paris, 11 août 1874, D.P.75.II.38 ; pour les travaux de réparation et d'aménagement : Trib. com. St-Etienne, 25 mai 1898, *Mon. judic. Lyon*, 2 juin 1898 ; Paris, 5 janvier 1888, D.P. 89.II.140 ; Riom, 1^{er} décembre 1862, D.P.63.II.18 ; Rouen, 2 janvier 1858, S. 59.II.159.

à un tel contrat constitue pour lui un acte de commerce, faisant naître à son profit et à sa charge des créances et des dettes de nature commerciale.

Le fait de s'associer en nom collectif constitue toujours un acte de commerce, et cela en vertu de notre théorie. Que deux commerçants, en effet, s'unissent pour fonder leurs affaires et pour les exploiter en commun, ils agissent évidemment en vue de leur commerce et par suite, l'engagement qu'ils prennent chacun vis-à-vis de l'autre est commercial par relation. De même que deux individus non encore commerçants s'associent pour entreprendre un négoce, ils agissent en vue d'un commerce futur et d'un commerce qui sera le leur, car dans la société en nom collectif, les affaires sociales sont en même temps les affaires de chaque associé pris à part ; chaque associé exerce personnellement le commerce et a du reste la qualité de commerçant. Nous n'avons plus à réfuter l'objection qu'on pourrait baser sur le défaut de qualité des contractants au moment où se conclut l'association ; l'article 634-1^o, nous le savons, fonde une commercialité purement réelle. Il est à peine besoin de dire que si la société se forme entre commerçants et non-commerçants, les engagements de tous les contractants sont également commerciaux et pour les raisons que nous venons d'exposer.

La convention par laquelle on s'engage dans une association en participation, est également pour chacun de ceux qui se lient un acte de commerce (1).

(1) Nous supposons bien entendu une association en participation ayant pour objet des opérations commerciales. Si les opérations ne devaient avoir le caractère commercial qu'à l'égard de certains participants, la convention de participation ne serait un acte de commerce

Sans doute, le plus souvent, la participation ne s'organise qu'en vue de quelques opérations commerciales qui doivent rester sans suite. Mais outre qu'il n'en est pas toujours ainsi, la théorie de l'accessoire, nous l'avons admis, doit s'appliquer même aux actes qui se rattachent à des opérations commerciales isolées (1). Il ne faudrait pas objecter d'ailleurs qu'à raison du caractère occulte qui est de l'essence de la participation, les opérations de l'association ne semblent pas être l'œuvre de tous les participants ; que ceux des participants qui restent cachés au public ne se livrent pas personnellement aux spéculations projetées ; qu'ainsi le commerce de l'association n'étant pas leur commerce, l'acte par lequel ils s'engagent ne peut pas être considéré comme accompli en vue de leur propre commerce et dès lors ne répond point aux exigences de la théorie de l'accessoire (2). En réalité, ceux des participants qui ne prennent point part à la gestion des affaires communes, ne sont étrangers à ces affaires que vis-à-vis du public ; les uns vis-à-vis des autres et vis-à-vis des gérants ils sont liés personnellement par ces opérations, ils en profitent et subissent les charges qui en résultent sans restriction, comme s'ils en étaient les auteurs. Ces opérations commerciales sont bien les leurs ; il est juste que l'engagement par lequel ils s'obligent entre eux à y prendre part soit commercial par relation.

Il faut excepter pourtant le cas, où la participation est

qu'à l'égard de ceux-là, non à l'égard des autres. Ainsi une association en participation entre un éditeur et un auteur n'est pas commerciale à l'égard de ce dernier. En ce sens : Ruben de Couder, *Diction.*, v° *Acte de com.*, 51.

(1) Voir chapitre IV, section 5, *in fine*.

(2) Voir chapitre IV, section 4.

en commandite pour certains des associés. Cette réserve va résulter des observations que nous allons faire sur la nature de l'engagement en commandite et plus généralement sur la nature de l'engagement social limité, observations qui s'appliquent aussi bien au cas d'association en participation qu'au cas de véritable société.

Dans une société en commandite, les associés en nom se trouvent exactement dans la situation où se trouveraient des associés en nom collectif ; ils sont tenus *in infinitum* ; ils sont considérés comme exerçant le commerce, et dès lors le pacte par lequel ils s'engagent dans la société est consenti par eux en vue de leur commerce futur, et comme tel il est commercial par relation. Peut-on reconnaître le même caractère à l'engagement des commanditaires ou à celui des membres d'une société anonyme ? Ou pour poser la question sous sa forme la plus pratique, comme les sociétés par actions deviennent de jour en jour plus nombreuses : la souscription d'actions dans une société commerciale est-elle un acte de commerce ?

L'intérêt de la question n'est pas si gros qu'on pourrait le croire tout d'abord. Quelque solution qu'on adopte, en effet, en présence de l'article 634-2° du Code de commerce, la compétence du tribunal de commerce pour trancher les litiges que font naître les engagements de ce genre, ne saurait être discutée. Cependant l'admission du caractère commercial aurait pour conséquences : d'interdire l'engagement en commandite et toute souscription d'actions de sociétés commerciales aux personnes qui ne peuvent faire le commerce à raison de leur profession, aux magistrats, avocats, avoués, notaires etc. ; de les rendre impossibles aux mineurs âgés de moins de 18 ans et de ne les permettre aux autres que sous les conditions prescrites

par l'article 2 du Code de commerce ; de porter à 6 0/0 le taux des intérêts dus en cas de retard dans la réalisation des apports, etc.

Mais par la façon même dont nous avons établi la commercialité de l'engagement en nom collectif, il est facile de voir qu'au contraire, nous ne pouvons considérer l'engagement en commandite ou la souscription d'actions comme des actes de commerce (1). Le commanditaire, l'actionnaire ne participent point aux actes de la société ; ils n'exercent pas un commerce par l'intermédiaire de la société, ils n'acquiescent point par le fait de leur incorporation dans la société la qualité de commerçant. Même un des principaux avantages de la commandite et de l'anonymat est de permettre aux personnes qui ne sont pas commerçantes et qui n'ont pas la facilité de le devenir, de s'intéresser cependant aux choses du négoce. Dès lors, le commerce de la société n'étant point le commerce des commanditaires et des actionnaires, il ne serait point juste de considérer l'acte par lequel ils s'introduisent dans la société comme accompli en vue d'un commerce qu'ils vont entreprendre. La théorie de l'accessoire ne trouve donc pas à s'appliquer et cet acte est civil.

(1) La doctrine est divisée sur cette question. Se prononcent pour la commercialité : Demangeat sur Bravard, I, p. 247 note ; Bédarride, *De la juridiction commer.*, 215 ; Boistel, *Précis*, n° 211 ; Laurin, *Cours élément.*, 360 *in fine* ; Vavasseur, *Sociétés civiles et commerciales*, I, 228 et 752 ; Lyon-Caen et Renault, II, 470. Se prononcent contre la commercialité : Alauzet, VI, 2967 ; Ruben de Couder, *Diction.*, V° *Acte de com.*, 96 ; Buchère, *Traité des valeurs mobilières*, 373 et suiv. ; Michaux-Bellaire, *Revue de droit com.*, 1894, I, p. 117 ; Appert, *Des actes de com. terrestre*, p. 284 et suiv. ; Thaller, *Traité élément.*, 242-245. A comparer les dates de ces divers ouvrages, le courant d'opinion actuel est contre la commercialité.

Certains arrêts cependant contredisent les principes que nous venons d'exposer. Notamment, un arrêt de la Cour de Grenoble du 25 février 1857 (D. P. 59.II.15) (1) déclare que : « Si les associés commanditaires ne gèrent pas par eux-mêmes la société, ils n'en font pas moins le commerce sous la raison sociale et par l'intermédiaire des gérants qu'ils ont nommés et délégués à cet effet ». Et de fait, à l'heure présente, on admet communément que vis-à-vis des tiers, les gérants représentent les actionnaires et qu'ils les obligent directement. Mais en supposant que cette dernière idée ait triomphé pour toujours, il faut observer qu'elle n'implique point que les actionnaires exercent le commerce par l'intermédiaire des gérants. Si on admet une certaine représentation des actionnaires par les gérants, c'est à raison d'une considération toute pratique, c'est pour permettre aux créanciers sociaux, en cas de faillite de la société, de poursuivre contre les actionnaires directement et en évitant l'obstacle des exceptions qui pourraient être opposées à l'action *pro socio*, le paiement de leurs créances jusqu'à concurrence des apports non encore effectués. C'est déjà une raison pour que nous soyons en droit de repousser les autres conséquences de l'idée de représentation. Il y en a une autre : c'est que si les actionnaires agissent par l'intermédiaire des gérants, ils ne s'obligent du moins que jusqu'à concurrence de leur souscription, et que cette manière d'échapper en partie aux risques ne s'accorde guère

(1) Dans le même sens : Lyon, 21 juillet 1858, S. 60.II.247 ; Bourges, 26 décembre 1870, S. 70.II.318. Ces arrêts ne sont pas aussi explicites que celui de Grenoble ; mais ils font observer que les actionnaires sont de véritables associés. Cette considération placée dans des arrêts qui ont à apprécier le caractère de la souscription d'actions, signifie évidemment que les actionnaires prennent une part véritable au commerce de la société.

avec l'idée de la spéculation commerciale. Les commanditaires et les actionnaires ne doivent donc pas être considérés comme exerçant un commerce et par suite, leur acte d'engagement ne se rapporte pas au commerce et n'est pas commercial par relation.

On dira que cet acte d'engagement est indispensable à la société qui se fonde, qu'il est un élément essentiel à la création de cette société et qu'il est par suite, la condition préliminaire de l'exploitation commerciale à laquelle la société doit se livrer. Cette considération est invoquée notamment dans un arrêt de cassation du 13 août 1856 (D. P. 56.I.343) (1). En elle-même elle a le mérite d'alléguer un fait vrai ; mais aussi elle a le tort de ne mener à rien. Où est le principe qui permet de déclarer commerciaux les actes qui favorisent le commerce, quand les opérations commerciales favorisées ne sont pas accomplies par l'auteur même de ces actes accessoires ?

Malgré tout, la jurisprudence dans son ensemble est très favorable à la thèse de la commercialité. S'il existe des divergences dans les décisions des Cours d'appel (2), la Cour de cassation a depuis longtemps consacré cette thèse et n'est pas encore revenue sur son opinion (Cass., 3 août 1856, D. P. 56.I.343 ; 3 mars 1863, S. 63.I.137 ;

(1) Dans le même sens : Lyon, 21 juillet 1858 et Rouen, 25 juin 1859, S. 60.II.247 ; Paris, 10 janvier 1861, S. 61.II.188.

(2) En faveur de la commercialité, outre les décisions que nous avons déjà analysées : Trib. civ. de Saint-Lô, 23 février 1888, *Gaz. Pal.*, 88. I, supplém. 91 ; Paris, 21 mai 1884, D. P. 85.II.177 ; Paris, 9 décembre 1884, Loi du 3 février 1885. *Contre la commercialité* : Dijon, 21 mars 1851, D. P. 52. V. 5 ; Dijon, 4 août 1857, D. P. 58.II.117 ; Angers, 18 janvier 1865, S. 65.II.211 ; Angers, 12 mars 1873, S. 74. II.214 ; Paris, 26 janvier 1874, S. 76.II.3 ; Bordeaux, 22 mars 1893, D. P. 93.II.528.

8 mai 1867, S. 67.I.253). Il faut dire qu'à côté des arguments que nous venons de critiquer, les tribunaux en invoquent volontiers un autre : ils allèguent que l'engagement en commandite et la souscription d'actions sont inspirés par une pensée de spéculation et présentent ces actes comme commerciaux par eux-mêmes (1). Mais il faudra bien qu'un jour ils renoncent à cette considération ; depuis longtemps en toute matière, sauf en celle-là, il n'est plus admis que la spéculation soit à elle seule un fondement suffisant pour la commercialité. La souscription d'actions n'est commerciale par elle-même que lorsqu'elle est opérée par un banquier et à titre d'opération de banque.

Les actions acquises par le moyen de la souscription peuvent ensuite être cédées par leurs titulaires. La théorie de l'accessoire ne peut pas plus s'appliquer à la vente et à l'achat d'actions qu'à la souscription même. Ces actes sont donc civils et la jurisprudence le reconnaît (2). Mais il est difficile de comprendre pourquoi l'espèce de spéculation qui suffit aux yeux des tribunaux à rendre la souscription commerciale, ne suffit pas selon eux à imprimer le même caractère à l'achat d'actions. Naturellement nous ne visons ici que les achats et ventes d'actions opérées à titre de placement de fonds ; les achats d'actions pour les revendre sont commerciaux par eux-mêmes.

(1) Voir en ce sens, les décisions précitées en note et au texte de : Paris, 21 mai 1884 ; Bourges, 26 décembre 1870 ; Cass., 3 août 1856.

(2) Cass., 25 juillet 1895, D. P., 96. I. 180 ; Lyon, 17 juillet 1883, D. P. 84.2.180 ; Douai, 5 mai 1869, D. P. 69.II.155 ; Cass., 21 février 1860, D. P. 60. I. 129.

§ 5. — Application de la théorie de l'accessoire au contrat de prêt.

Nous parlerons successivement ici du prêt à usage ou commodat et du prêt de consommation.

« Le commodat, dit M. Ruben de Couder, ne constitue jamais un acte de commerce, même lorsqu'il intervient entre négociants. Il est par conséquent toujours régi par les principes du droit civil. Il est essentiellement gratuit, car autrement il dégénérerait en louage (1). »

Nous acceptons volontiers cette dernière proposition qui ne fait que reproduire en l'expliquant l'article 1876 du Code civil. Mais contrairement à l'opinion de M. Ruben de Couder, nous pensons que le commodat peut fort bien être commercial par relation. Il est clair tout d'abord, que si la gratuité de ce contrat fait obstacle à la commercialité, ce ne peut être que du côté du prêteur; elle n'empêche point au regard de l'emprunteur que le contrat ne soit essentiellement intéressé, puisque l'objet même du prêt est de procurer à l'emprunteur la jouissance et l'usage momentanés d'une certaine chose. Et si l'utilité de la chose prêtée se rapporte au commerce de l'emprunteur, si cette chose doit être employée dans le commerce de celui-ci, la convention est au regard de l'emprunteur destinée à servir les intérêts de son commerce, elle est commerciale par relation. Il ne faudrait point, par exemple, hésiter à qualifier de commercial l'emprunt par lequel un négociant se procurerait momentanément un cheval pour effectuer des transports.

(1) Ruben de Couder, *Diction.*, v^o *Prêt*, 3. Dans le même sens, Orilard, *De la compét. et de la procédure des tribunaux de commerce*, n^o 188.

A l'égard du commodant, il est vrai que le plus souvent la convention de prêt est purement désintéressée et que par suite elle n'est pas plus en faveur de ses affaires commerciales qu'en faveur de ses affaires civiles. Cependant, quoique la convention soit toujours gratuite, c'est-à-dire exclusive de toute stipulation de rémunération ou de loyer, il arrive parfois qu'elle est intéressée. Les jurisconsultes romains nous en ont laissé un exemple bien connu : celui du magistrat qui voulant organiser une fête publique prêtait des costumes à ceux qui devaient figurer dans le cortège. Et de nos jours quand un brasseur fournit avec sa bière les tonneaux qui la contiennent, sans facturer ceux-ci et à condition qu'ils lui soient restitués quand ils seront vides, le prêt qui se dissimule dans cette opération est intéressé, parce qu'il est consenti en vue de l'exploitation commerciale. Il faut donc lui reconnaître le caractère commercial, comme il faudrait d'ailleurs le reconnaître à tout commodat consenti en vue du commerce. Ce caractère commercial aurait pour effet de fonder la compétence du tribunal de commerce, si l'emprunteur avait dans la suite à réclamer au prêteur, des frais de garde et de conservation de la chose prêtée.

Quant le prêt de consommation porte sur des objets en nature, sur des denrées, sur des marchandises, il peut être commercial comme le prêt à usage, d'autant mieux que l'obstacle apparent de la gratuité n'existe pas pour lui. Quand il porte sur de l'argent, au point de vue du prêteur, il est souvent un acte civil ; c'est quand il est consenti par une personne qui cherche simplement à placer des fonds. Souvent aussi il est un acte de commerce, mais un acte de commerce par lui-même ; c'est quand il est fourni par un banquier pour qui il est une de ces mille

opérations diverses qui constituent le commerce de banque (art. 632 § 4, C. com.). Mais en outre, il se présente dans la pratique des affaires des cas où le prêt d'argent est pour le prêteur un acte de commerce par relation. Ces cas sont rares : l'argent étant l'aliment indispensable de toute entreprise commerciale, quand un commerçant prête des fonds à un tiers, c'est presque toujours par pure bienveillance et non pour favoriser ses propres affaires qui en souffriront plutôt. Voici pourtant une hypothèse assez pratique : Primus qui est négociant doit une certaine somme à Secundus qui l'est aussi, à la suite d'affaires commerciales intervenues entre eux. Il souscrit en faveur de Secundus un effet que celui-ci endosse à un tiers. Au moment de l'échéance, Primus n'ayant point les fonds nécessaires pour acquitter l'effet, les demande à Secundus qui les lui prête. Celui-ci en cela fait sans doute preuve de bienveillance, mais surtout il évite le recours que le porteur du billet exercerait contre lui après le protêt ; il prête pour aider à l'acquittement d'une dette dont il est tenu en même temps que l'emprunteur ; il fait acte de commerce par relation (1). En conséquence (c'est l'intérêt de la question), il ne pourra poursuivre le remboursement de ses avances que devant le tribunal de commerce ; si le prêt était civil pour lui, il pourrait d'après une jurisprudence dont nous avons déjà parlé, opter entre la juridiction civile et la juridiction commerciale.

A l'égard de l'emprunteur, le prêt d'argent est commercial en vertu de la théorie de l'accessoire quand il est contracté en vue d'alimenter son entreprise commerciale, ou même en vue de lui rendre possible une opération com-

(1) Comparer : Cass., 31 janvier 1893, *Pand. franç.*, 93.I.237.

merciale isolée. Il est civil au contraire quand il est contracté en vue d'une opération civile, telle qu'un achat d'immeuble. Ces solutions sont d'ailleurs solidement fixées en jurisprudence (Cass., 6 janvier 1886, *Annales de dr. com.*, 1887, p. 14, *Jurispr.* ; Cass. crim., 14 mai 1886, D. P. 86.I. 428 ; Req., 8 novembre 1892, D. P. 93.I.78 ; Cass., 12 juin 1894, *Pand. franç.*, 95.I.337) (1).

Il est bon d'observer que la question de savoir si le prêt est commercial à l'égard de l'emprunteur est distincte de la question de savoir si le prêt est commercial au point de vue du taux des intérêts. La loi du 12 janvier 1886 a affranchi de toute restriction le taux de l'intérêt « en matière de commerce » ; elle n'a point dit quand le prêt devait être considéré comme conclu en matière de commerce, s'il fallait pour cela qu'il fût un acte de commerce à l'égard des deux parties, s'il fallait simplement qu'il fût tel pour l'emprunteur, s'il suffisait qu'il fut tel pour le prêteur. De là, beaucoup de divergences d'appréciation dans les ouvrages des auteurs et dans les décisions des tribunaux (2). L'important pour nous est de noter que

(1) *Adde* : Bruxelles, 12 janvier 1888. D. P. 89.II.293 ; Douai, 8 juin 1888, *Jurispr. Douai*, t. 46, p. 147 ; Paris, 28 décembre 1893, D. P. 94.II.500. Ce dernier arrêt est intéressant au point de vue de l'application de la théorie de l'accessoire aux actes qui se rattachent à des opérations commerciales isolées. Nous en avons déjà parlé à ce propos au chapitre IV, section 5, *in fine*. Comme doctrine, voir les notes de M. Fauchille et de M. Marcel Mongin dans les *Annales de droit commercial* et dans le *Recueil des Pandectes* sous les arrêts de Cassation du 6 janvier 1886 et 12 juin 1894, cités au texte.

(2) MM. Aubry et Rau, *Droit civil*, t. IV, § 296, enseignent que le prêt est en matière de commerce au point de vue des intérêts, quand il constitue un acte de commerce pour l'une ou pour l'autre des parties. L'ouvrage de MM. Aubry et Rau est antérieur à la loi de 1886, mais dès avant cette loi, la question du taux régulier se posait puisque le taux

si certains arrêts ayant à juger de la régularité de stipulations d'intérêts, ont qualifié le prêt de commercial, bien que l'emprunteur ne fût pas commerçant ou n'eût pas emprunté pour son commerce, ces arrêts ne signifient nullement que le contrat est pour l'emprunteur un acte de commerce, ni que l'emprunteur peut être poursuivi en remboursement devant le tribunal de commerce (1). Ces arrêts ne font que trancher dans le sens large la question d'interprétation de la loi de 1886 et ne portent aucune atteinte à la théorie de l'accessoire.

Quant le prêt à intérêt est accompagné d'une constitution d'hypothèque, sa nature n'en peut subir aucune altération ; il reste civil ou commercial, suivant qu'il est contracté en vue d'une affaire civile ou en vue d'une affaire commerciale (2). Mais aussi la constitution d'hypothèque reste toujours un acte civil parce qu'elle touche au régime de la propriété immobilière, et notamment la réalisation du gage hypothécaire ne peut être poursuivie que devant le tribunal civil.

était de 5 0/0 en matière civile et de 6 0/0 en matière commerciale) ; dans le même sens : Danjon, article dans les *Annales de droit com.*, 1887, p. 97 et suiv. Cass., 25 juillet 1895, *Annales de droit com.*, 1895, p. 95 ; Cass. crim., 20 janvier 1883. D. P. 88.I.329. Au contraire, la, commercialité au regard de l'emprunteur est exigée par : Lyon-Caen, note dans Sirey, 89.I.393 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, III, n° 836 ; Ch. crim., 23 juin 1893, D. P. 94.I.254. Un arrêt de la Chambre criminelle du 9 novembre 1888, D. P. 89.I.272, semble attribuer une certaine influence à la forme du prêt ; cette idée a été repoussée récemment par le tribunal correctionnel de la Seine, 17 janvier 1896, *Droit* du 29 janvier 1896.

(1) V. les arrêts cités dans la première partie de la note précédente.

(2) En ce sens, Orillard, *op. cit.*, 188.

§ 6. — Application de la théorie de l'accessoire au contrat de dépôt.

Si un commerçant fait aux mains d'un tiers un dépôt et qu'il le fait en vue des intérêts de son commerce, ce contrat est à son égard un acte de commerce par relation. Il est facile d'en fournir des exemples : le négociant qui dépose de l'argent en banque, utilise des capitaux commerciaux qui se trouvent momentanément sans emploi, se débarrasse des soins de conservation et de garde et se donne la facilité de disposer sur la caisse du banquier au moyen de chèques ; celui qui dépose des marchandises aux mains d'un commissionnaire de transports, ne fait là que poser les préliminaires d'une expédition qui se rapporte à son commerce ; celui qui dépose des marchandises dans les magasins généraux, évite l'encombrement dans ses propres magasins et surtout se procure dans le warrant un instrument de crédit fort utile à ses affaires ; celui qui dépose aux mains d'un tiers quelconque des marchandises arrêtées accidentellement en cours d'expédition, agit aussi au mieux des intérêts de son commerce. Dans ces différents cas et dans tous les cas semblables, le contrat de dépôt est au regard du déposant commercial par relation ; si le dépositaire doit par la suite intenter un procès au déposant soit pour lui réclamer le salaire convenu, soit pour se faire indemniser des frais de garde et de conservation qui peuvent consister, par exemple, en des primes payées à une Compagnie d'assurance contre l'incendie, le litige est de la compétence du tribunal de commerce.

En sens inverse, le contrat de dépôt peut-il être commercial à l'égard du dépositaire ? Nous retrouvons ici une légère difficulté qui s'est déjà présentée à propos du prêt.

« Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit », déclare l'article 1917 du Code civil, qui répète pour le dépôt ce que l'article 1876 dit pour le commodat. Mais il le répète à tort puisque un peu plus loin l'article 1928 nous parle de dépôt salarié. Et la gratuité est si peu de l'essence du dépôt, qu'il existe des entreprises commerciales très importantes dont l'objet est de recevoir des dépôts moyennant une rémunération ; telles sont les exploitations de magasins généraux et les entreprises de transports (1).

Peu importe d'ailleurs que le dépôt soit ou non gratuit ; la gratuité, nous l'avons vu à propos du commodat, n'empêche point un contrat d'être intéressé ; si donc un dépôt même gratuit, est accepté par le dépositaire en vue de son propre commerce, ce contrat constitue pour lui, un acte de commerce par relation. Il est même à noter que le dépôt gratuit peut seul nous intéresser ; le dépôt salarié, à raison du bénéfice direct qu'il procure, quand il est commercial, l'est par lui-même. Ainsi les contrats par lesquels une société qui exploite des magasins généraux reçoit en dépôt des marchandises sont commerciaux par eux-mêmes ; le sont également les contrats de dépôt contenus dans les contrats de transport de marchandises que passent les Compagnies de chemin de fer et plus généralement les entrepreneurs de transports ; le sont encore les contrats par lesquels les aubergistes reçoivent en dépôt

(1) On pourrait croire que quand le dépôt est salarié il cesse à vrai dire d'être un dépôt et dégénère en un louage de services. Cette opinion a été soutenue (Voir Pothier, *Du dépôt*, n° 13 et Riou, 30 mai 1881, D. P. 82.II.38). Elle est erronée : le Code civil lui-même (art. 1928) parle du dépôt salarié et d'ailleurs il est clair qu'il y a entre le dépôt, contrat réel, et le louage de services, contrat consensuel, une distinction irréductible.

les chevaux et voitures qu'ils doivent abriter et pour la garde desquels ils perçoivent une rémunération spéciale (1). Au contraire, on doit considérer comme commerciaux simplement par relation : les dépôts de vêtements qui sont reçus à l'entrée des salles de spectacles, les dépôts de bijoux, de valeurs qui sont reçus au guichet des établissements de bains, les dépôts de bagages apportés par les voyageurs dans les hôtels. Le commerce des entrepreneurs de spectacles, des tenanciers d'établissements de bains, des hôteliers ne consiste pas en effet à recevoir des dépôts moyennant salaire ; si ces commerçants reçoivent des objets en dépôt, et du reste gratuitement, c'est seulement accessoirement à leur commerce, pour mieux satisfaire leur clientèle en lui offrant un surcroît de commodité. Il est bien entendu d'ailleurs que les exemples cités n'ont rien de limitatif et que tout dépôt reçu par le dépositaire accessoirement à son commerce est commercial.

L'article 2 de la loi du 25 mai 1838 attribue au juge de paix, si du moins la valeur en litige ne surpasse pas 1.500 francs, la connaissance « des contestations entre les hôteliers, aubergistes ou logeurs et les voyageurs ou locataires en garni, pour dépense d'hôtellerie et perte ou avarie d'effets déposés dans l'auberge ou dans l'hôtel ». Ce texte n'apporte aucune restriction aux solutions que nous venons de donner. La loi de 1838, nous le savons (2), a eu

(1) Les dépôts d'argent que peuvent recevoir les agents d'affaires, semblent bien aussi être commerciaux par eux-mêmes. Comparez : trib. comm. Seine, 19 avril 1890, *Pand. franç.*, 90.II.169.

(2) Voir ce qui est dit de cette loi au § 1 de la présente section, à propos du contrat de vente et surtout au § 3, à propos du louage de services.

pour objet de modifier le quantum de la compétence des juges de paix, non de lui attribuer des litiges nouveaux ; elle laisse donc intacte la compétence des tribunaux de commerce. Spécialement l'article 2 qui ne saurait avoir plus de portée que l'ensemble de la loi, ne peut que soumettre au juge de paix les actions des hôteliers contre les voyageurs (ceux-ci n'étant pas liés par des engagements commerciaux), et au cas d'action d'un voyageur contre un hôtelier faire que le demandeur, s'il opte pour la juridiction civile comme la jurisprudence lui permet de le faire, doive assigner le défendeur devant le tribunal de justice de paix. Pourtant un arrêt de la Cour de Bourges du 17 décembre 1877 (D. 78.2.40), décide que le juge de paix seul est compétent quand la demande n'excède pas 1.500 francs. Cette décision se comprend d'autant moins que la suite du texte qui nous occupe, attribue également au juge de paix les contestations entre voyageurs et voituriers relatives notamment aux pertes et avaries d'effets et que d'après les tribunaux, cette disposition vise exclusivement les contestations civiles et ne porte aucune atteinte aux pouvoirs de la juridiction consulaire (Cass., 4 nov. 1863, D. P. 63.I.473 ; Metz, 28 mars 1867, D. P. 68.II.30 ; Aix, 27 juin 1868, S. 69.II.120) (1).

On a soutenu que l'obligation de restituer, née d'un dépôt nécessaire, était une obligation née de la loi et qu'à ce titre elle ne pouvait jamais être commerciale (2). Il y a dans cette opinion une double erreur : d'abord les obligations nées de la loi seule peuvent être commerciales comme les autres (chap. IV, section 3, § 5) ; ensuite le dé-

(1) Comparez Paris, 13 février 1864, D. P. 64.II.224.

(2) Cette opinion est exposée au *Supplément au Répertoire* de Dalloz, v^o *Acte de commerce*, n^o 442.

pôt nécessaire est un véritable contrat, une convention et par suite, les opérations qui en dérivent sont des obligations conventionnelles, non des obligations légales. Nous avons du reste déjà repoussé implicitement cette opinion en parlant de dépôts d'hôtellerie commerciaux ; le Code civil en effet (art. 1952) classe ces sortes de dépôts parmi les dépôts nécessaires. Mais il faut observer en ce qui concerne le véritable dépôt nécessaire, celui qui se forme en cas d'accident imprévu, d'incendie, de ruine, etc., qu'il ne peut jamais être commercial par relation à l'égard du dépositaire, puisque celui-ci l'accepte non en vue du commerce que peut-être il exerce, mais par bienveillance, pour rendre service à ceux qui sont frappés par le sinistre (1). Au contraire à l'égard du déposant il peut l'être ; il l'est par exemple, quand ce déposant est un négociant qui cherche à préserver de la destruction et du vol ses livres de commerce, des marchandises qu'il a sauvées ou tout autre objet ayant une valeur au point de vue de son commerce.

§ 7. — Application de la théorie de l'accessoire au contrat d'assurance.

Au regard de l'assuré (2), le contrat d'assurance est essentiellement un acte de prudence et de préservation ; il tend à procurer non des bénéfices mais à éviter des pertes

(1) Lyon, 14 janvier 1841, Dalloz, *Répert.*, v^o *Acte de commerce*, 358, note 3.

(2) Nous n'avons à considérer ici le contrat d'assurance qu'au point de vue de l'assuré. Au point de vue de l'assureur, il est commercial par lui-même si l'assurance est à primes, il est civil si l'assurance est mutuelle (il en est ainsi du moins quand l'assurance mutuelle est organisée par une grande compagnie, et qu'ainsi l'assureur est jusqu'à un certain point distinct de l'assuré).

et de ce caractère assez particulier, des auteurs ont conclu que le contrat d'assurance ne pouvait jamais être commercial. « Lors même, dit M. Boudousquié (1), que c'est un commerçant qui fait assurer les objets de son commerce, on ne peut voir en lui qu'un propriétaire qui pourvoit à la conservation de sa chose. L'assurance qu'il souscrit n'est donc qu'une mesure conservatoire, qui ne présente aucun caractère de spéculation commerciale et ne peut être considérée que comme un contrat civil. » La même idée est exprimée dans certaines décisions judiciaires, notamment dans un jugement du tribunal civil de la Seine du 8 juillet 1862 (S. 65. I. 155 sous appel et cassation) et dans un jugement du tribunal de commerce de Tours du 25 novembre 1887 (*Gaz. des Trib.*, 26 décembre 1887) (2). Et c'est elle aussi sans doute qui a inspiré des arrêts émanant de juridictions plus élevées qui, sans commentaire à l'appui, ont affirmé purement et simplement le caractère civil de contrats d'assurances passés par des commerçants accessoirement à leur commerce (Aix, 26 juin 1845, D. P. 45. 4.94 ; Cass., 28 avril 1852, D. P. 52.I.173 ; Aix, 15 janvier 1884, D. P. 85.2.49, critiqué dans une note de M. Glas-son).

Cette opinion ne doit pas être suivie ; elle implique une grave méconnaissance du caractère vrai des actes de commerce par relation. La spéculation directe est sans doute un élément essentiel des actes qui sont commerciaux par eux-mêmes ; elle est au contraire tout à fait étrangère aux actes de commerce par relation. Ceux-ci empruntent leur caractère à l'exploitation commerciale à laquelle ils se rat-

(1) *Traité de l'assurance contre l'incendie*, 88. Même opinion soutenue par Grün et Joliat, *Des assurances terrestres*, 341.

(2) *Adde* : Lyon, 30 mai 1849, S. 49.II.688.

tachent ; il leur suffit de contribuer au fonctionnement de l'entreprise et d'aider à la réalisation des bénéfices, non pas directement, mais par l'intermédiaire des opérations de spéculation qu'ils rendent possibles ou facilitent. Et qui doutera que quand le contrat d'assurance porte sur des objets employés dans l'entreprise, sur des marchandises par exemple, il ne soit alors un très utile auxiliaire des opérations principales, puisqu'il prémunit le commerçant contre les conséquences pécuniaires d'accidents qui peuvent anéantir de très importantes valeurs ?

Deux jugements du tribunal civil de Genève, l'un du 13 janvier, l'autre du 25 août 1883 (S. 83. IV. 34 et 84. IV. 8) ont refusé de reconnaître la commercialité de l'assurance contractée par un commerçant, sous prétexte qu'un tel contrat n'est pas nécessité par les besoins du commerce. Cette thèse n'est pas plus juste que celle que nous venons de critiquer. Il est vrai que l'assurance est une précaution utile seulement, non pas indispensable. Mais la théorie de l'accessoire exige uniquement que l'acte soit accompli en vue du négoce, et cette condition est aussi bien remplie par un acte simplement utile que par un acte indispensable. C'est là d'ailleurs un point que nous avons déjà éclairci (chap. IV, sect. 3, § 1).

Depuis longtemps du reste, sauf les décisions soit anciennes, soit plus récentes, mais isolées que nous venons de mentionner, la jurisprudence admet que l'assurance contractée accessoirement au commerce est commerciale ; c'est même pour affirmer cette règle, que la Cour de cassation a pour la première fois proclamé nettement le principe de l'accessoire (Cass., 24 janvier 1865, S. 65. I. 153). Et la doctrine a confirmé cette solution (1).

(1) Citons comme autre arrêt de principe : Dijon, 28 février 1896,

Il faut noter pourtant que les tribunaux font une réserve : quand l'assurance est mutuelle, ils n'admettent point que l'engagement du négociant soit commercial (Cass., 8 février 1860, S. 60.I.207 ; Paris, 20 avril 1886, S. 87.II.121) (1). Ils se fondent sur ce principe que les compagnies d'assurances mutuelles n'exercent pas un commerce, et que l'engagement par lequel on s'enrôle dans une société civile ne peut être que civil. Nous reconnaissons volontiers qu'à la différence des sociétés d'assurances à primes, les compagnies d'assurances mutuelles ne poursuivent aucun bénéfice, qu'elles ne font donc point le commerce ; nous reconnaissons volontiers aussi que par lui-même, l'acte d'adhésion à une société civile ne peut pas être commercial. Mais cela empêche-t-il que le commerçant qui assure en mutualité des objets de son commerce, agisse en vue de son commerce ? Dans le cas peu pratique où quelques négociants seulement s'accorderaient entre eux pour mettre leurs risques en commun, hésiterait-on à qualifier leur convention de commerciale ? Dans le cas ordinaire où l'assurance est stipulée d'une grande compagnie, si on distingue ce cas du précédent en recon-

D. P. 96.II.430. — Parmi les auteurs, voir : Ruben de Couder, *Diction.*, v^o *Assurances terrestres*, 285 et suiv. ; Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, VI, 2999 ; Lyon-Caen et Renault, I, 471 e ; Thaller, *Traité élément.*, 55-1^o.

(1) *Adde* : Paris, 28 mars 1857, S. 58.II.197 ; Paris, 4 février 1886, S. 87.II.121 (cet arrêt invoque comme motif spécial que la compagnie d'assurance mutuelle n'étant pas commerçante, la contestation n'a pas lieu entre deux commerçants ; c'est un singulier retour en arrière sur l'interprétation de l'article 631-1^o ; voir chap. II, sect. IV *in fine*, et chap. III, sect. I *in principio*). — Paris, 2 juillet 1897, D. P. 98.II.122. — *Contra* : Paris, 18 décembre 1885, S. 87.II.121 (et la note de M. Lyon-Caen) et Moreau, note *in fine* dans Sirey, 65.I.153.

naissant à cette compagnie une individualité propre, en en faisant une véritable société, pourquoi hésiter à reconnaître que si la société de son côté fait acte civil en promettant l'assurance, le commerçant de son côté fait acte de commerce en la stipulant ? Serait-ce donc le seul cas où un acte présenterait un caractère mixte ?

La logique exige donc que l'assurance à primes ou mutuelle indistinctement soit qualifiée de commerciale quand elle se rattache au commerce de l'assuré. Et elle satisfait à cette condition quand elle couvre un objet quelconque dont la perte emporterait diminution de l'avoir commercial de l'assuré (1) ; elle est bien alors en vue du commerce puisqu'elle protège l'exploitation dans ses éléments mêmes ou dans ses moyens. Ainsi l'assurance est commerciale quand elle porte sur les marchandises, sur les machines, sur le matériel de toute sorte, sur les chevaux et les voitures etc. Les monuments de la jurisprudence offrent de nombreux exemples en ce sens (2). Peu importe d'ailleurs la nature du risque, qu'il soit risque d'incendie ou d'inondation, risque de perte ou d'accident.

Un arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 1855 (S. 55.I.613) caractérisant un contrat d'assurance qui portait

(1) Il faut que l'objet assuré soit employé dans un commerce. L'assurance de marchandises que l'on débite non commercialement n'est pas commerciale. C'est le cas de l'assurance par laquelle un débitant de tabacs couvre ses approvisionnements. Grenoble, 4 août 1887, *Gaz. Palais*, 87.II.345.

(2) Assurance des marchandises : Cass., 3 juillet 1877, S. 77.I.417 (implicite) ; Paris, 30 mars 1878, S. 78.II.171 (implicite) ; Dijon, 28 février 1896, précité. Assurance de matériel, Rouen, 22 avril 1847, S. 48.11.449 et Dijon, précité ; Assurance de chevaux et voitures employés aux transports commerciaux : Cass., 24 janvier 1865, S. 65.I.153 ; Trib. civ. Seine, 5 décembre 1896, *Gaz. Trib.*, 8 janvier 1897.

sur des marchandises et établissements commerciaux, a refusé de le qualifier commercial sous prétexte qu'il ne couvrirait pas un risque commercial. Il est difficile de savoir au juste ce que la Cour de cassation entendait par « risque commercial » ; dans l'espèce, des immeubles se trouvaient assurés en même temps que des marchandises et peut-être la Cour a-t-elle voulu dire que les immeubles ne sont pas une valeur commerciale et que les risques qui les menacent ne menacent point le commerce (1). Cet arrêt de 1855 se rattacherait alors à une jurisprudence qui attribue indistinctement le caractère civil à toute assurance d'immeuble et dont nous nous occuperons bientôt. Nous croyons plutôt que le risque d'incendie visé par le contrat qu'appréciait la Cour, n'a point paru à celle-ci se rattacher assez spécialement au commerce de l'assuré ; que celui-ci n'a point semblé être plus menacé d'incendie étant commerçant qu'il n'en eût été menacé étant simple particulier. Et la condition du « risque commercial » indiquée dans l'arrêt signifie alors que l'assurance pour être commerciale ne doit pas seulement couvrir des risques qui menacent le commerce, mais qu'elle doit couvrir des risques dérivant spécialement de l'exercice du commerce. Avec ce principe par exemple l'assurance contre l'incendie en général n'est point commerciale ; mais elle l'est pour les commerçants dont le négoce porte sur des matières particulièrement inflammables. Nous ne pouvons d'ailleurs que repousser ce système ; du moment que l'assurance protège des valeurs commerciales, des objets dont la perte influerait en mal sur l'exploitation, elle est contractée en vue du commerce et elle répond exactement au critérium

(1) Comparez à ce point de vue : Paris, 30 mars 1878, S. 78.II.171.

qu'impose la théorie de l'accessoire pour la détermination des contrats commerciaux. Toute autre exigence doit être rejetée.

Nous ne pouvons approuver non plus la jurisprudence qui refuse de reconnaître le caractère commercial aux assurances qui couvrent les bâtiments affectés au commerce (1). Cette restriction est arbitraire ; nous avons établi au chapitre V que seules les opérations impliquant une mutation de propriété immobilière résistent à la théorie de l'accessoire ; l'assurance des immeubles ne comporte aucun phénomène juridique de ce genre. Il est bien entendu d'ailleurs que nous supposons des immeubles exclusivement affectés au commerce : des ateliers, des magasins par exemple. Si l'immeuble assuré était en partie à usage civil, en partie à usage de commerce, l'assurance ne serait point commerciale à moins que la partie non affectée au commerce ne fût secondaire par rapport à l'autre. D'une manière générale, quand l'assurance protège à la fois des valeurs commerciales et des valeurs civiles, elle prend le caractère du groupe le plus important ; c'est une application de l'axiome *accessorium sequitur principale* dont nous avons précisé le sens dans la section première du chapitre IV. Conformément à cette règle, la Cour de Douai a jugé le 24 février 1875 (2) qu'un contrat

(1) Cass., 3 juillet 1877, et Paris, 30 mars 1878 précités ; Adde, Dijon, 28 février 1896, précité. Mais ce dernier arrêt déclare que l'assurance des immeubles par destination, des machines notamment, ne doit pas être traitée comme l'assurance des immeubles par nature et qu'elle est commerciale. L'arrêt de Rouen du 22 avril 1847, précité, admet au contraire la commercialité de l'assurance des immeubles. La jurisprudence n'est d'ailleurs pas approuvée par les auteurs. Lyon-Caen et Renault, I, 165 ; Thaller, *Traité élément.*, 55-1^o.

(2) *Jurisprudence de Douai*, t. 36, p. 363.

d'assurance portant à la fois sur un mobilier industriel, sur des marchandises notamment, et sur une petite quantité de mobilier agricole consistant en instruments aratoires, était commercial pour le tout. Quand une telle assurance n'est pas faite en bloc et peut se décomposer, elle est alors en partie civile et en partie commerciale.

Une des valeurs les plus importantes aux yeux du négociant c'est son capital, nous entendons son capital pécuniaire. Toute assurance qui couvre des risques de perte ou de vol d'argent est commerciale. L'assurance par laquelle le négociant se prémunit contre les pertes qui peuvent résulter pour lui de la faillite de ses débiteurs est de même nature. Le plus souvent cette assurance se contracte en mutualité, c'est seulement pour cette raison que les tribunaux ont dans d'assez nombreuses décisions refusé de lui reconnaître le caractère commercial (v. *suprà* les arrêts cités à propos de l'assurance mutuelle) (1).

Les risques de responsabilité sont aussi un des sérieux dangers qui menacent le capital du commerçant. Chaque fois que le commerçant cause un dommage à autrui et se voit tenu de le réparer, son capital en subit un amoindrissement fâcheux pour ses affaires. L'assurance contre ce genre de risques est commerciale seulement quand les accidents qu'elle vise sont ceux qui peuvent survenir dans l'exercice du négoce, quand elle se rapporte à des quasi-délits commerciaux prévus. Il est clair en effet que si tous

(1) Quand l'assurance n'est pas mutuelle ou quand le tribunal estime que la forme mutuelle n'est pas un obstacle à la commercialité, l'assurance contre les risques de faillite est reconnue commerciale. Amiens, 27 août 1858, S. 58.II.702 (cassé par arrêt du 8 février 1860 précité, mais seulement parce que la Cour d'Amiens avait jugé à tort que l'assurance n'était pas mutuelle); Paris, 18 décembre 1885, S. 87.II.121.

les dommages que cause le commerçant doivent être réparés par lui, ceux-là seulement augmentent les frais généraux de son entreprise qui dérivent de son entreprise. Si bien que l'idée du risque commercial que nous avons refusé d'appliquer à l'assurance des marchandises, du matériel, etc., peut en somme servir de critérium ici, à condition toutefois d'être entendue largement et de désigner tout danger de dommage ou d'accident résidant dans l'exercice du commerce. Il n'y a pas à voir si le risque prévu est plus grave dans la profession commerciale de l'assuré qu'il ne le serait dans une profession civile quelconque. Si par exemple un commerçant s'assure contre les risques des accidents que peuvent occasionner ses voitures et ses camions, on aurait tort d'objecter contre le caractère commercial de cette assurance que si le commerçant était simple particulier, ses voitures de luxe pourraient aussi causer des accidents. Peu importe qu'un même acte ou qu'un même fait puisse être occasionné aussi bien par des opérations civiles que par des opérations commerciales ; la théorie de l'accessoire demande seulement qu'en fait, dans l'espèce, il soit occasionné par le commerce.

Et il faut bien observer que nous ne présentons l'idée du risque spécial que comme un moyen de discerner les cas où la responsabilité charge les frais généraux et par suite le capital commercial de ceux où la responsabilité ne grève que la fortune civile du commerçant. Des accidents peuvent provenir d'un risque spécial au commerce et pourtant ne point engendrer de responsabilité : tels sont les accidents dont le commerçant lui-même peut être la victime (1), ceux qui peuvent l'atteindre pendant ses visites

(1) De même les accidents dont les ouvriers peuvent être victimes sans que le patron en soit responsable, par exemple ceux qui sont la

dans ses ateliers ou au cours des tournées commerciales qu'il fait en voiture ou autrement. L'assurance qui couvre ces accidents corporels ne saurait être commerciale ; le commerçant ne peut se considérer lui-même comme une valeur dans son avoir ; s'il s'assure lui-même contre les risques spéciaux à sa profession, c'est en pensant aux intérêts de sa famille, non à ceux de son commerce. L'idée du risque spécial prise isolément comme critérium des assurances commerciales donnerait une solution contraire, c'est pourquoi nous avons tenu à faire observer qu'elle est secondaire et subordonnée à celle de responsabilité pécuniaire (1).

Indiquons pour terminer les cas les plus pratiques d'assurance commerciale contre les risques de responsabilité. C'est d'abord l'assurance contre les accidents que les chevaux et les voitures employés au commerce peuvent causer aux tiers ; elle est pratiquée surtout par les entrepreneurs de transports et les tribunaux l'ont classée depuis longtemps parmi les assurances commerciales (Cass., 24 jan-

suite d'imprudences graves des victimes. L'assurance contractée en vue de ces risques par un patron prévoyant et charitable n'est pas commerciale. Trib. civ. Nancy, 18 avril 1887, *Gaz. Pal.*, 11 juin 1887, Trib. civ. Valence, 9 février 1886, *Recueil périodique des assur.*, 86, p. 183.

(1) Certaines décisions judiciaires ont méconnu implicitement cette restriction. Ainsi un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 8 février 1889 (*Gaz. Trib.*, 21 février 1889) a refusé de qualifier de commerciale une assurance contractée par un commerçant contre les accidents dont il pouvait être lui-même la victime, seulement parce que « cette assurance ne visait que les accidents généraux dont l'assuré pouvait être la victime sans application particulière et spéciale à ceux des accidents pouvant survenir dans l'exercice de sa profession ». V. de même un autre jugement du tribunal de commerce de la Seine du 6 août 1887 (*Droit* du 21 août 1887).

vier 1865, S. 65.I.153 ; Trib. Seine, 29 juillet 1871, D. P. 72.III.55 ; Trib. Seine, 28 nov. 1885, *Rec. périod. des assureurs*, 1885, p. 562) (1).

C'est ensuite l'assurance contre la responsabilité des accidents dont les ouvriers peuvent être victimes dans leur travail (Paris, 18 janv. 1882, *Journ. des assureurs*, 1883, p. 33 ; Trib. com. St-Etienne, 16 décembre 1885, *Moniteur des assureurs*, 1886, p. 673 ; Limoges, 4 mai 1886, S. 88.II.148) (2). La loi du 9 avril 1898 attribue il est vrai au tribunal civil la connaissance des demandes d'indemnité introduites par les ouvriers contre les patrons ; mais si cette loi peut faire qu'on soit tenu de considérer à l'avenir comme civils des quasi-délits qu'on qualifiait à juste titre de commerciaux, il reste pourtant que les indemnités à payer se rapportent bien en fait à l'exploitation commerciale, qu'elles grèvent les frais généraux et que par conséquent l'assurance contractée par le négociant en vue de se prémunir contre elles protège son capital commercial et constitue à son égard un acte de commerce par relation.

§ 8. — Application de la théorie de l'accessoire au mandat.

Le mandat constitue pour celui qui le donne un acte de

(1) *Contrà* : Cass., 28 avril 1852, D. P. 52.I.173 ; Paris, 5 juillet 1852, *Journal des assur.*, 1855, p. 44 ; plus récemment, Trib. paix du XV^e arrond. Paris, 26 mars 1885, *Loi* du 17 juin 1885.

(2) *Contrà* : Trib. civ. Genève, 25 août 1883, S. 84.IV.8 ; Trib. civ. Lille, 25 juin 1896, *Droit* du 9 août 1896. A noter que ces deux jugements invoquent comme motif le prétendu caractère civil de la responsabilité du patron, caractère civil qui est devenu une réalité depuis la loi du 9 avril 1898. Ces deux jugements contredisent donc ce que nous disons dans la suite du texte sur la portée de cette loi quant au caractère des assurances.

commerce par relation, quand il est confié en vue des besoins du commerce (1). Ce principe est solidement établi en jurisprudence. Des arrêts attestent son existence en le formulant en des termes dont la précision varie (Cass., 29 novembre 1865, S. 66.I.13 ; Cass., 8 fév. 1869, S. 69.I.203 ; Dijon, 7 mars 1873, S. 73.II.219). D'autres arrêts y adhèrent aussi sûrement en refusant de qualifier de commercial, par exemple, le mandat donné par un commerçant à un tiers de le représenter devant le jury d'expropriation (Paris, 20 novembre 1894, S. 97.II. 214) ; le mandat donné par un inventeur non commerçant de faire breveter son invention (Paris, 27 décembre 1893, *Ann. dr. comm.*, 1894, p. 133) ; le mandat donné par un individu non commerçant à un syndic de faillite pour des créances civiles (Dijon, 7 mars 1873 précité). Il est facile de voir que dans ces divers cas le mandat donné n'avait point pour but de sauvegarder les intérêts d'un commerce exercé par le mandant, qu'il ne répondait donc point à la condition qu'impose la théorie de l'accessoire.

Un des cas les plus intéressants où le mandat est commercial par relation, est celui où le commerçant, au cours de son exploitation, charge un tiers, ordinairement un agent d'affaires, de recouvrer ses créances commerciales. Une telle procuration se rattache clairement à l'entreprise commerciale et lui emprunte son caractère (2). Un autre cas non moins intéressant est celui des ordres de bourse qui sont donnés aux agents de change par les banquiers et les spéculateurs ; ces ordres sont l'accessoire des opérations de banque et des spéculations auxquelles se li-

(1) *Contrà*, Demangeat sur Bravard, VI, p. 359.

(2) Cass., 29 novembre 1865, S. 66.I.13 ; Paris, 1^{er} mai 1888, *Pand. franç.*, 88.II.254 ; Poitiers, 20 octobre 1893, *Pand. franç.*, 95.II.297.

avrent ceux qui les donnent (1). Si toutefois l'opération sur laquelle porte le mandat doit se solder à l'échéance par le paiement d'une simple différence, et par suite n'est qu'une opération de jeu, la nullité de cette opération doit entraîner celle de l'ordre donné et par suite celui-ci ne saurait être commercial pas plus que l'opération elle-même. Le contrat de commission n'est qu'une forme de mandat; s'il est commercial par lui-même à l'égard du commissionnaire; aux termes de l'article 632 § 2 du Code de commerce, par contre, à l'égard du commettant, il n'est commercial que par relation, parce qu'il se rattache à son commerce.

Est encore commercial par relation le mandat de trouver un associé pour exploiter un commerce qu'on va fonder (Douai, 31 janvier 1876, S. 76.II.296); l'est également le mandat donné par un commerçant à un agent d'affaires d'établir un compte de liquidation se rapportant à une société que rompt ce commerçant (Trib. com. Chambéry, 13 décembre 1895 *Loi* du 25 janvier 1896); l'est aussi le mandat que donne un agent de change de lui procurer un successeur (Trib. civ. Toulouse, 18 février 1890, *Pand. franç.*, 90.II.246).

En apparence pour déterminer la nature commerciale ou civile du mandat, il suffit d'examiner celle de l'acte sur lequel il porte; il paraît bien que le mandant fait acte de commerce par relation quand il enjoint d'accomplir un acte qui est à son égard un acte de commerce, qu'au contraire il fait acte civil quand il enjoint d'accomplir un acte qui est civil à son égard. Il en serait ainsi si la nature de l'acte ordonné révélait à coup sûr la destination de cet

(1) Cass., 4 juillet 1881, S. 82.I.15; Req., 9 mars 1885, S. 85.I.241; Dijon, 23 décembre 1891, D. P. 92.II.72; Req., 29 novembre 1899, D. P. 1900.I.20.

acte, si on pouvait dire *à priori* que quand cet acte est commercial il est en vue du commerce du mandant, que par suite le mandat est aussi en vue de ce commerce ; qu'au contraire quand cet acte est civil, ni lui ni le mandat ne sont en vue du commerce du mandant. La vérité est tout autre et pour bien appliquer en cette matière la théorie de l'accessoire, ce n'est point la nature de l'acte ordonné qu'il faut examiner, mais uniquement sa direction, sa destination, destination que suit forcément le mandat qui se rattache à lui. Des exemples vont le montrer. Qu'un ex-négociant charge un tiers de recouvrer des créances nées de son ancien commerce, ces créances étant commerciales, si on s'en rapporte uniquement à leur nature pour qualifier le mandat, celui-ci doit être qualifié commercial. Et pourtant le mandant n'a pas agi en vue de son commerce que nous supposons abandonné depuis longtemps ; la destination du recouvrement et du mandat qui l'ordonne n'est pas commerciale et, à bien appliquer la théorie de l'accessoire, ce mandat n'est pas commercial. C'est d'ailleurs ce que décident les tribunaux (Paris, 7 août 1886, *Pand. franç.*, 87.II.204 ; Alger, 25 octobre 1887, *Gaz. Pal.*, 88.I.69). Qu'un négociant donne à un tiers mandat d'acheter pour lui un magasin dont il a besoin ou au contraire de vendre un magasin devenu inutile, il agit en vue de son commerce, pourtant l'acte sur lequel porte le mandat devant emporter une mutation de propriété foncière résiste à la théorie de l'accessoire et reste civil. Le mandat ne doit pas se conformer à la nature de cette vente immobilière, il est commercial tandis que celle-ci est civile (*Contrà* : trib. Seine, 22 octobre 1886, *Pand. franç.*, 86.II.356).

Quand un négociant charge un agréé de le représenter

dans une instance commerciale, les actes de procédure que cet agréé doit accomplir, l'office de défenseur qu'il doit remplir, ne sont évidemment point des actes de commerce. Sur cette considération, la Cour de Rouen dans un arrêt rendu le 20 juillet 1867 (S. 67.II.311) décida que la procuration donnée ainsi à l'agréé ne constituait point pour son client un acte de commerce. C'était tomber sur l'écueil que nous venons de signaler. Par arrêt rendu le 8 février 1869 (S. 69.I.203), la Cour de cassation condamna la décision de la Cour de Rouen par ce motif que le caractère ordinairement civil du mandat *ad litem* n'empêchait point que ce contrat ne devînt commercial en vertu de la théorie de l'accessoire et que la nature des actes ordonnés à l'agréé n'empêchait pas que l'ordre lui-même ne fût donné en vue du commerce et commercial. La jurisprudence s'est depuis formée dans le sens indiqué par la Cour de cassation (1).

Naturellement cette solution ne doit pas être limitée au cas où le mandataire *ad litem* est un agréé. La profession exercée habituellement par l'individu qui représente le commerçant en justice importe peu et cela a été reconnu dans les motifs mêmes de l'arrêt de cassation précité ; ces motifs parlent du mandat donné à un agréé ou à toute autre personne. Si donc le mandataire est un avocat, la pro-

(1) Riom, 27 février 1878, S. 78.II.268 ; Dijon, 11 décembre 1883, S. 84.II.177 ; Bordeaux, 9 août 1888 et 15 février 1889, D. P. 90.II.150 ; Toulouse, 21 mai 1889, S. 89.II.167 ; Rouen, 12 août 1896, S. 97.II.48. *Contrà* : Bordeaux, 12 mars 1884, S. 84.II.177 ; Rouen, 7 mars 1896, S. 97.II.294. La doctrine est en général favorable aussi à l'opinion que nous exposons. Orillard, *op. cit.*, 237 ; Nougier, *Des trib. de com.*, I, p. 129 et 130 ; Rodière, *Cours de compét. en matière civile*, I, p. 103 ; Garsonnet, *Procéd. civ.*, I, p. 660 ; Lyon-Caen et Renault, I, 403 ; Ruben de Couder, *Diction.*, v^o *Agréé*, 61. *Contrà* : Demangeat sur Bravard, VI, p. 275 ; Boitard, *Leçons de procéd. civile*, I, 145, note.

curation qu'il reçoit est un acte de commerce pour le client pourvu que le procès se rattache à ses affaires commerciales (1). Il en est de même si le mandataire est un personnage quelconque. Pourtant la Cour d'Aix, il y a dix ans environ (6 décembre 1888, *Pand. franç.*, 89.II.195) a jugé que le mandat donné à un ingénieur de suivre un procès commercial pour établir en justice les malfaçons commises dans la construction d'une usine, ne constituait pas pour le mandant un acte de commerce. Et l'arrêt est basé sur ce motif que le procès ne se rattachait qu'indirectement à l'entreprise commerciale et intéressait toute la fortune du plaideur. On pourrait avec cet argument méconnaître l'existence de la plupart des actes de commerce par relation. A juste titre il a été repoussé maintes fois par des arrêts relatifs au mandat confié à l'agréé.

Si le mandataire *ad litem* est un avoué, sa qualité d'officier ministériel et l'article 60 du Code de procédure civile qui défère au tribunal civil la connaissance des demandes relatives aux frais faits par les officiers ministériels, n'empêchent point que le mandat confié pour un procès commercial ne soit un acte de commerce (2). L'avoué plai-

(1) Nous n'avons à citer en sens contraire que des arrêts fort anciens et par suite antérieurs à la formation de la théorie de l'accessoire. Cass., 5 septembre 1814, *Palais chronol.* ; Colmar, 5 août 1826, *Sirey chronol.*

(2) « Les demandes formées pour frais par les officiers ministériels seront portées au tribunal où les frais ont été faits. » Tel est le texte de l'article 60. Il est, on le voit, assez ambigu et au premier abord paraît signifier que le tribunal compétent pour connaître de la demande de frais est celui qui a connu du procès qui a occasionné les frais. Ainsi entendu ce texte ne crée aucun privilège au profit du tribunal civil et défère même au tribunal de commerce les frais faits dans les procès commerciaux (en ce sens, Lyon-Caen et Renault, I, 403). Mais ce fait que l'article 60 doit être appliqué aux notaires nous indique que le tri-

dant devant le tribunal de commerce n'agit pas comme avoué mais comme simple mandataire et il a droit à des honoraires non à des émoluments tarifés. La solution que nous donnons est d'ailleurs consacrée expressément par un arrêt de la Cour de Poitiers du 20 décembre 1876 (D. P. 77.II.97).

Au contraire l'huissier exerçant son office même pour des affaires commerciales agit comme officier ministériel et expose des frais. S'il est obligé de recourir à la justice pour obtenir le paiement des sommes que lui doit son client, il doit, conformément à l'article 60 du Code de procédure civile, l'assigner devant le tribunal de première instance. C'est la règle que suivent les tribunaux (Paris, 11 août 1896, *Droit* du 31 août au 1^{er} septembre 1896 ; Amiens, 18 mars 1882, S. 83.II.152 ; Montpellier, 20 mai 1865, S. 65.II.160 ; Paris, 14 mars 1874, S. 76.II.292). Il est clair d'ailleurs que cette restriction imposée à l'application de la théorie de l'accessoire vise uniquement le cas où l'huissier a reçu mandat d'accomplir des actes de son ministère. Si l'huissier a été chargé d'accomplir un acte quelconque, il n'est alors qu'un mandataire ordinaire et peut poursuivre son mandant devant la juridiction consulaire. Il en est ainsi notamment quand un huissier est chargé de recouvrer à l'amiable une créance commerciale.

Les procès commerciaux occasionnent souvent des expertises ; ils occasionnent aussi des renvois devant des arbitres chargés de concilier les parties et, à défaut de concil-

bunal où les frais ont été faits est celui de la résidence de l'officier ministériel ; et cet autre fait que les officiers ministériels sont sous la surveillance des tribunaux civils nous indique que la juridiction compétente est la juridiction civile (Garsonnet, *Procédure civile*, I, § CLV).

liation, de donner leur avis dans un rapport. Les experts ou les arbitres tiennent leurs pouvoirs du tribunal non des parties. Sans doute celles-ci peuvent d'un commun accord les désigner (art. 429, proc. civ.) ; mais ce choix ne vaut que par la sanction que lui donne le tribunal en indiquant la mission des experts ou des arbitres. Dès lors ceux-ci ne sont point les mandataires des parties et ne peuvent quand ils ont à leur réclamer le paiement de leurs honoraires prétendre qu'elles sont tenues vis-à-vis d'eux d'une obligation commerciale. La dette d'honoraires est pour les plaideurs l'accessoire de leur commerce respectif, mais comme elle dérive du jugement qui les condamne aux frais, elle reste civile : les tribunaux de commerce ne connaissent point de l'exécution de leurs jugements (art. 442, pr. civ.). La jurisprudence est en ce sens (Demande faite par un expert ordinaire : Bordeaux, 23 juin 1867, S. 68. II.40. Demandes faites par des experts arbitres : Cass., 26 décembre 1859, D. P. 60.I. 29 ; Lyon, 16 décembre 1892, D. P. 93.II.259 ; Cass., 12 fév. 1895, D. P. 95.I.208). Il faut observer toutefois que les tribunaux s'appuient sur un motif insuffisant : ils se contentent d'alléguer que le fait de dresser un rapport ne saurait être considéré comme acte de commerce (1). Il ne s'agit pourtant point de savoir si l'expert a fait acte de commerce, mais de savoir si les débiteurs sont tenus commercialement. Or leur dette se rattache à leur commerce et elle serait commerciale en vertu de la théorie de l'accessoire si le texte que nous avons cité n'y mettait obstacle.

(1) Un arrêt tout récent (Agen, 6 mars 1899, D. P. 99.I.424) prétend « qu'un litige portant sur une question d'honoraires ne peut à aucun titre être rangé dans l'un des cas prévus par les articles 631 et suiv. C. com. ». La question est ainsi mieux posée, mais l'argumentation reste fautive.

Pour la même raison les greffiers des tribunaux de commerce ne peuvent réclamer le paiement de leurs frais et émoluments que devant la juridiction civile. Agissant au nom du tribunal, et n'étant point commis par les plaideurs, ils ne sont créanciers qu'en vertu du jugement. On aurait tort de chercher ailleurs l'appui de cette solution, notamment dans l'article 60 du Code de procédure civile : les greffiers sont considérés comme des membres des tribunaux, non comme des officiers ministériels.

Nous ne nous sommes occupé jusqu'ici du mandat qu'au regard de celui qui le donne. Au regard de celui qui le reçoit ce contrat, quand il n'est point civil, est le plus souvent commercial par lui-même. Ainsi les mandats qu'acceptent les commissionnaires, les agents de change, sont commerciaux par eux-mêmes (art. 632 § 2 et 4 Com.). Il arrive pourtant parfois que le mandat est au regard du mandataire commercial par relation ; est tel par exemple le mandat qu'accepte un cabaretier de payer des traites que ses clients domicilient dans son établissement. Ce mandat n'est point pour ce cabaretier une source de revenus directs, mais un moyen de s'attacher sa clientèle et de rendre son établissement plus fréquenté (1). La nature de l'acte à accomplir n'influe d'ailleurs point sur la nature du mandat reçu ; celui qui se charge de négocier une vente commerciale ne se lie par là que civilement si la mission qu'il accepte ne se rattache point à un commerce exercé par lui (2).

L'article 634 § 1 du Code de commerce décide que les actions des marchands contre leurs facteurs et commis sont de la compétence du tribunal de commerce. Ces ac-

(1) Trib. Amiens, 28 juin 1883, *Rec. Amiens*, 1883, p. 188.

(2) Comparez Bourges, 26 décembre 1870, D. P. 72.II.222.

tions sanctionnent des obligations nées de mandats quand les facteurs et commis ne sont pas de simples employés, mais des préposés ayant pouvoir d'agir au nom de leur patron. Le texte en question n'a point pour effet de rendre les mandats de ce genre commerciaux à l'égard de ceux qui les acceptent ; il établit seulement pour des raisons d'utilité pratique la compétence commerciale pour des affaires qui n'en restent pas moins civiles.

Le fonctionnement des sociétés commerciales repose presque uniquement sur des mandats confiés par certains associés aux autres ou par tous les associés à des tiers. La gestion ou l'administration et la surveillance sont assurées le plus souvent par des mandats au moyen desquels la majorité des intéressés s'en décharge sur les autres soit forcément soit bénévolement. Nous devons examiner rapidement comment la théorie de l'accessoire s'applique aux différentes hypothèses.

Dans la société en nom collectif, si un ou quelques-uns seulement des associés sont chargés de la gestion, le mandat qui la règle est aussi bien du côté des mandants que du côté des mandataires commercial par relation. Le commerce de la société étant en même temps le commerce de chacun des associés (1), il se trouve que soit en conférant soit en acceptant ce mandat, chacun a agi dans l'intérêt de son commerce. Si la gestion est confiée à un tiers étranger à la société, il n'y a plus acte de commerce que du côté des mandants. Mais en cas de difficulté, le man-

(1) Sur la question de savoir jusqu'à quel point le commerce de la société peut être considéré comme le commerce des associés suivant que ceux-ci sont ou non commanditaires ou actionnaires, voir au paragraphe 4 de la présente section l'application de la théorie de l'accessoire au contrat de société.

dataire peut être traduit devant le tribunal de commerce en vertu de l'article 634-1° ; il est en effet le facteur, le commis de négociants.

Dans une société en commandite simple, les commandités qui sont associés en nom, font acte de commerce en recevant le mandat qui les investit des soins de la gestion. Au contraire les commanditaires qui sont seulement intéressés au commerce de la société mais qui n'y participent point véritablement, ne s'engagent que civilement en donnant le mandat. La compétence du tribunal de commerce n'en existe pas moins pour toute contestation, en quelque sens qu'elle surgisse : l'article 634-2° du Code de commerce l'établit en effet pour « toutes contestations entre associés pour raison d'une société de commerce ». Les mêmes règles s'appliquent à la gestion d'une commandite par actions. Quant au mandat confié aux membres du conseil de surveillance, il n'est commercial ni pour les mandants ni pour les mandataires qui ne sont tous que des actionnaires ; mais l'article 634-2° s'applique aussi aux difficultés qui peuvent en naître.

Le mandat qui désigne les administrateurs des sociétés anonymes n'intervient également qu'entre actionnaires ; il est donc civil de part et d'autre, sauf l'application de l'article 634-2°. Celui qui investit les commissaires de surveillance ne saurait avoir un autre caractère, surtout quand les commissaires sont choisis en dehors du nombre des actionnaires. Dans ce dernier cas, c'est l'article 634-1° et non 634-2° qui permet de traduire les commissaires devant le tribunal de commerce, et il nous semble qu'en sens inverse les commissaires peuvent se porter demandeurs devant la même juridiction en alléguant qu'ils sont les mandataires non des actionnaires mais de la société

personne morale qui les a commis en vue de son commerce.

Quand les administrateurs de la société anonyme nomment un directeur pris en dehors des actionnaires, ce directeur doit être considéré simplement comme le commis d'un négociant.

Notons en terminant que les tribunaux ne font pas les distinctions que nous venons d'indiquer. Du moins quand le mandat intervient entre associés qu'ils soient en nom, intéressés ou actionnaires, ils le qualifient sans réserve de commercial. Cette jurisprudence s'accorde logiquement avec celle qui qualifie acte de commerce la souscription d'actions dans une société de commerce (1) (Req., 13 janvier 1869, D. P. 70.I.67 ; Cass., 26 mai 1869, D. P. 69.I.351 ; Cass., 23 juillet 1877, D. P. 78.I.455).

§ 9. — Application de la théorie de l'accessoire au cautionnement.

Suivant une opinion qui a régné autrefois, le cautionnement serait commercial quand il garantit une dette commerciale. « Celui qui cautionne, disait Carré (2), s'engage à remplir l'obligation du débiteur, dans le cas où celui-ci n'y satisfait pas lui-même ; cette obligation n'a

(1) Voir le paragraphe 4 de la présente section.

(2) Carré, *Lois de la compétence*, t. II, appendice aux articles 384, 385 et 386, p. 609. En ce sens, Lyon, 40 juillet 1851, D. P. 53.II.158 ; Rouen, 6 août 1838, S. 39.II.47 ; Paris, 12 avril 1834, S. 34.II.296 et des décisions plus anciennes mentionnées sous ces deux derniers arrêts. Merlin sans se prononcer spécialement sur la question du cautionnement fourni à une dette commerciale, soutenait en général que, « le cautionnement participe en tout de la nature de l'obligation principale, qu'il en est un accessoire qui en a tous les traits et toutes les qualités ». *Répertoire*, v^o *Caution*, § 1, 4.

point changé de nature par le fait du cautionnement et la caution se trouve obligée comme le débiteur, c'est-à-dire commercialement, lorsque l'obligation est commerciale. » Ce raisonnement n'était pas juste : remplir l'obligation, c'est fournir au créancier l'objet de sa stipulation mais ce n'est point être tenu de la même obligation que le débiteur véritable. Le débiteur principal et la caution doivent le même objet; ils sont cependant enchaînés l'un et l'autre par des liens distincts et il aurait fallu montrer que les deux liens sont forcément de même nature. Il est vrai que pour compléter l'argumentation de Carré on invoquait l'adage : *accessorium sequitur principale* ; la dépendance de l'obligation cautionnaire vis-à-vis de l'obligation principale devait soumettre celle-là au régime juridique que subissait celle-ci. Mais nous savons que le principe suivant lequel l'accessoire doit se conformer juridiquement au principal n'a par lui-même aucune force (1), qu'il ne doit être observé que dans les cas où un texte le prescrit. Et en cette matière du cautionnement, non seulement aucun texte ne dit que l'obligation secondaire se conforme exactement à l'obligation principale, mais l'article 2013 du Code civil nous dit positivement que le cautionnement peut être contracté sous des conditions moins onéreuses que l'obligation principale et partant sous des conditions différentes.

On pourrait objecter aujourd'hui l'exemple du gage qui, nous le verrons bientôt, est soumis quant à son caractère commercial ou civil à l'adage : *accessorium sequitur principale*. Mais ce régime résulte pour le gage de la loi spéciale du 23 mai 1863 (art. 91, C. com.) ; l'étendre au cautionnement serait dépasser imprudemment l'intention du

(1) Voir chapitre IV, section 1.

législateur. Et ce serait aussi généraliser sans raison, puisque, nous ne saurions trop le répéter, l'adage *accessorium sequitur principale* ne s'impose pas *a priori* (1).

Un dernier argument pourrait être suggéré par l'article 181 du Code de procédure civile. « Ceux qui seront assignés en garantie, dit ce texte, seront tenus de procéder devant le tribunal où la demande originaire sera pendante ». On pourrait en conclure qu'en cas de cautionnement fourni à une dette commerciale le créancier a le moyen de traduire la caution devant le tribunal de commerce en poursuivant d'abord le débiteur principal. En serait-il ainsi, que le cautionnement ne serait point pour cela un acte de commerce ; l'article 181 peut bien modifier la compétence, mais non la nature des litiges.

Et ce simple changement de compétence lui-même n'a point lieu, car le texte en question ne vise que la compétence *ratione personæ*, non la compétence *ratione materiæ* ; il peut bien faire qu'un défendeur soit soustrait à la compétence du tribunal de son domicile, il ne peut faire qu'il soit traduit devant le tribunal de commerce alors qu'il relève du tribunal civil.

Aujourd'hui d'ailleurs et depuis longtemps, les tribunaux décident sans hésitation que la nature du cautionnement ne dépend point de celle de l'obligation principale, que le cautionnement d'une dette commerciale est en principe civil. La Cour de cassation a maintes fois jugé en ce sens (5 janvier 1859, D. P. 59.I.403 ; 16 mai 1866, D. P. 66.I.209 ; 27 août 1867, D. P. 67.I.490 ; 31 janvier 1872, D. P. 72.I.252 ; 13 août 1872, D. P. 74.I.77 ; 27 juin 1888, D. P. 89.I.115 (2).

(1) V. Lyon-Caen et Renault, I, 182.

(2) Mentionnons aussi les arrêts d'appel les plus récents. Paris,

Ceci posé, quand le cautionnement constitue-t-il un acte de commerce ? Suffit-il pour cela qu'il soit intéressé, que la caution n'ait point donné sa signature par pure bienveillance ? Certainement non ; il se peut fort bien en effet que la caution, tout en n'étant point un commerçant, agisse pourtant par intérêt ; son acte ne répond point pour cela à la théorie de l'accessoire. Aussi nous désapprouvons l'arrêt de cassation précité du 5 janvier 1859. Cet arrêt a qualifié acte de commerce le cautionnement fourni à deux époux qui prenaient à bail un café parce que la caution stipulait, pour le cas où elle aurait à payer le loyer : la subrogation dans les droits du bailleur et le droit de remplacer les locataires par d'autres. L'intérêt qu'avait ainsi la caution dans l'affaire ne faisait pas qu'elle eût agi commercialement.

Il arrive assez souvent quand la dette principale dérive d'une opération commerciale, que la caution intervient justement parce qu'elle est intéressée dans cette opération. Par exemple un commanditaire ou un actionnaire cautionne une dette de la société dont il est membre. Dans cette hypothèse plus que dans la précédente, la caution semble agir commercialement et c'est dans les cas qui la réalisent que présentement les tribunaux reconnaissent la commercialité du cautionnement (Req., 31 janvier 1872, précité ; Bruxelles, 23 juin 1888, Pasicrisie, 1888.II.346 ; Cass., 27 juin 1888, précité) (1).

24 novembre 1894, D. P. 95.II.511 ; Nancy, 15 février 1896, D. P. 96.II.495 ; Douai, 21 juin 1897, D. P. 98.II.181.

(1) *Adde* : Alger, 22 février 1888, *Annales de Dr. com.*, 1888, p. 115 ; Trib. com. Lyon, 18 septembre 1896, *Monit. jud. Lyon*, 2-3 octobre 1896. En ce sens dans la doctrine, Alauzet, *Comment. du Code de com.*, VI, 3001 ; Boistel, *Précis*, 50 ; Lyon-Caen et Renault, I, 182.

Cette idée ne doit pas être acceptée sans réserve. A appliquer exactement la théorie de l'accessoire au cautionnement comme elle s'applique à tous les contrats, l'engagement de la caution ne constitue à son égard un acte de commerce que si elle l'a contracté dans l'intérêt d'un négoce qu'elle exerce.

Cette règle a été reconnue dans plusieurs arrêts (Req., 13 août 1872, précité ; Dijon, 23 novembre 1881, S. 82. II.75 ; Bourges, 29 juin 1892, D. P. 92.II.607 ; Douai, 21 juin 1897, D. P. 98.II.181). Or la caution peut être intéressée dans le commerce du débiteur principal, sans que ce commerce ne soit le sien ; et cela arrive par exemple quand un commanditaire ou un actionnaire cautionne la dette de la société dont il fait partie. C'est donc ne pas appliquer assez strictement la théorie de l'accessoire que de reconnaître au cautionnement le caractère commercial toutes les fois que la caution est intéressée dans le commerce du débiteur principal ; il faut exiger que la caution ou bien participe sans réserve au commerce du débiteur principal ou bien ait agi uniquement en vue de son propre commerce. Il en est ainsi par exemple quand un membre non gérant d'une association en participation, garantit les engagements que contracte le gérant, ou quand un négociant, pour sauvegarder ses créances, cautionne les dettes d'un de ses débiteurs commerçants et ainsi, dans l'intérêt de ses propres affaires, lui évite la faillite.

D'ailleurs comme la nature de l'obligation principale n'influe point, de même que le cautionnement donné à une dette commerciale peut être civil, de même le cautionnement donné à une dette civile peut être commercial. Ce second cas ne peut guère cependant se présenter dans la pratique.

Il existe une sorte de cautionnement, l'aval, qui échappe aux règles que nous venons de fixer. On trouve, il est vrai, dans la jurisprudence des décisions qui explicitement ou implicitement traitent l'aval comme un cautionnement ordinaire et le qualifient commercial ou civil suivant qu'il est donné ou non par la caution dans l'intérêt de son propre commerce (Bourges, 29 juin 1892, D. P. 92.II.607) (1). Nous croyons que les dispositions du Code de commerce s'opposent à cette solution. L'article 142 décide en effet que « le donneur d'aval est tenu solidairement et par les mêmes voies que les tireurs et endosseurs » et il n'est pas admissible que cette disposition ne vise que la question de compétence. Si ce texte n'avait pour objet que de régler la compétence, on y trouverait comme dans l'article 637 par exemple une réserve au sujet de la contrainte par corps. Mais au contraire il est absolu et implique par conséquent que l'aval participe entièrement à la nature de l'engagement qu'il garantit. Si donc cet engagement principal figure sur une lettre de change, l'aval est forcément commercial comme l'engagement principal (art. 632 § 7) ; si l'engagement principal figure sur une lettre de change dégénérée en simple promesse, sur un billet à ordre ou sur un effet de commerce quelconque, l'aval est commercial quand cet engagement a été contracté à l'occasion d'opérations de commerce (art. 636). La jurisprudence est d'ailleurs favorable à cette solution (Cass., 27 août 1867, D. P. 67.I. 490 ; 21 avril 1869, D. P. 69.I.407 ; Grenoble, 23 novembre 1870, D. P. 71.II.173 ; Toulouse, 21 mai 1890, D. P. 91.II.326). Et l'aval par acte séparé doit être traité comme l'aval donné sur l'effet lui-même ; l'article 142 mentionne

(1) *Adde* : Amiens, 15 juin 1855, D. P. 55.II.325 et les arrêts mentionnés en note sous celui-ci.

les deux espèces d'aval et dispose par conséquent pour les deux (Toulouse, 23 janvier 1868, S. 68.II.36).

Cette question de l'aval nous mène à observer que parfois un cautionnement de nature civile est soumis à la juridiction consulaire. L'aval fourni à une signature civile qui figure sur un billet à côté de signatures commerciales relève de la compétence du tribunal de commerce en vertu de l'article 637. Et le cautionnement donné par aval ou en forme quelconque aux engagements que prend un failli dans son concordat en relève également en vertu de l'article 635 (Sur ce second point voir Besançon, 20 nov. 1884, D. P. 86. II.87).

Le cautionnement peut être solidaire ; au point de vue du caractère civil ou commercial il suit alors les mêmes règles que s'il était simple, c'est-à-dire qu'il obéit seulement à la théorie de l'accessoire. La solidarité en effet laisse les obligations indépendantes quant à leur nature (art. 1201, C. civ.) ; même, les modalités qu'elle impose au cautionnement rendent jusqu'à un certain point l'obligation accessoire moins dépendante vis-à-vis de l'obligation principale. Les tribunaux ont maintes fois reconnu que le cautionnement même, solidaire d'une dette commerciale est en principe un acte civil (Cass., 27 août 1867, D. P. 67.I. 490 ; Dijon, 23 novembre 1881, S. 82.II.75 ; Trib. civ. Seine, 5 avril 1887, *Gaz. Pal.*, 87.I, supplém. III ; Paris, 24 nov. 1894, D. P. 95.II.511).

Si le cautionnement solidaire d'une dette commerciale ne dépend quant à sa nature que de sa destination au regard de la caution, *à fortiori* les divers liens qui constituent une obligation solidaire quelconque sont-ils indépendants. Chaque obligé est tenu commercialement ou civilement suivant qu'il a été ou non en vue de son propre

commerce. Ainsi quand le préposé d'un négociant cause, dans l'exercice de ses fonctions, un dommage à autrui, vis-à-vis de la victime il est tenu civilement, tandis que son patron est tenu commercialement (Bruxelles, 12 mai 1883, D. P. 84.I.167) (1). Quand un mari commerçant et sa femme non commerçante contractent solidairement un emprunt, l'engagement du mari constitue un acte de commerce, celui de la femme un acte civil (Bruxelles, 9 novembre 1882, D. P. 84.II.144 ; Poitiers, 20 juin 1883, D. P. 84.II.128). Cependant à raison de la connexité des engagements, il est admis que si le créancier veut poursuivre tous ses débiteurs simultanément, il peut le faire devant la juridiction civile ; ce qui n'efface point d'ailleurs la diversité de nature des engagements (voir les décisions précitées).

Il ne semble guère possible que des commerçants et des non-commerçants soient tenus simultanément d'une même obligation indivisible. Si le cas se présentait, il faudrait assigner à l'engagement de chacun son caractère propre civil ou commercial, sans aucune influence de l'un sur l'autre. Les diverses fractions d'une obligation simple qui se diviserait entre des commerçants et des non-commerçants devraient être qualifiées de même.

§ 10. — Application de la théorie de l'accessoire au contrat de gage.

Au regard de celui qui constitue le gage, ce n'est point d'après la théorie de l'accessoire que se détermine le caractère commercial ou civil de l'acte. L'article 91 du Code

(1) Le patron est responsable d'un quasi-délit commercial. Voir un exemple analogue dans un arrêt de Douai, 11 juin 1868 (D. P. 69. II. 18).

de commerce, fruit de la loi du 23 mai 1863, est en effet rédigé dans les termes suivants : « Le gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce, se constate à l'égard des tiers comme à l'égard des parties contractantes conformément aux dispositions de l'article 109 du Code de commerce ». C'est-à-dire que le gage ainsi constitué se prouve suivant les modes du droit commercial et échappe aux exigences de l'article 2074 du Code civil, en un mot qu'il est commercial. Si donc un commerçant constitue un gage en garantie d'une de ses dettes, la convention de constitution est à son égard civile ou commerciale suivant que sa dette est civile ou commerciale. Si un non-commerçant constitue également un gage, la convention de constitution sera à son égard un acte de commerce suivant la même distinction. Ces solutions ne sont point en désaccord avec la théorie de l'accessoire, car le plus souvent suivant que la dette garantie est commerciale ou civile le gage est fourni ou non en vue du commerce de celui qui le constitue (1).

Mais si le gage au lieu d'être constitué par le débiteur lui-même l'est par un tiers quelconque, le texte ne faisant aucune réserve, c'est encore la nature de la dette qui décide de la nature du gage ; il est clair pourtant qu'en pareil cas, la nature de la dette n'indique en aucune façon si le constituant a agi ou non en vue de son propre commerce. Par exemple le tiers peut très bien par pure bienveillance fournir le gage à une dette commerciale et la convention de constitution est pour lui un acte de com-

(1) Cela n'est point toujours vrai ; ainsi celui qui constitue un gage en garantie d'une dette née d'un ancien commerce n'agit pas en vue de son commerce.

merce bien qu'il n'ait pas agi en vue de son commerce où que peut-être même il ne soit pas commerçant. Dans ce cas la théorie de l'accessoire se trouve en échec, mais la généralité des termes de l'article 91 ne permet aucune hésitation. D'ailleurs les travaux préparatoires de la loi de 1863 montrent clairement que pour fixer les cas où le gage serait commercial, le législateur a considéré le caractère secondaire, accessoire, du contrat de gage vis-à-vis de la dette et a voulu que l'accessoire se conformât au principal (1). Ce qui règle la nature commerciale ou civile du gage au regard du constituant, ce n'est point la théorie de l'accessoire, c'est la règle : *accessorium sequitur principale*, imposée dans ce cas particulier par la loi (2).

Quand le contrat de gage est ainsi commercial au regard de celui qui fournit la garantie, il se prouve suivant les modes du commerce aux termes de l'article 91 et en outre en cas de non-paiement de la dette il s'exécute sans jugement préalable (93, C. com. ; 2078, C. civ.) Ajoutons un détail que les textes ne mentionnent point : si le créancier gagiste a dû faire des dépenses pour la garde et la conservation de la chose et qu'il a ensuite à en réclamer le remboursement, cette action *pigneratitia contraria* est de la compétence du tribunal de commerce.

Au regard du créancier gagiste, le contrat de gage constitue un acte de commerce quand la créance garantie est commerciale pour lui. Ce n'est point de la loi que nous tirons cette solution ; l'article 91 dont nous avons cité le

(1) Voir le rapport de M. Vernier, D. P. 63.IV.76, n° 19.

(2) En ce sens : Pont, *Traité des petits contrats*, t. II, n° 1099 ; Lyon-Caen et Renault, I, 182 ; Trib. civ. Lyon, 21 juillet 1895 ; *Mon. jud. Lyon*, 30 octobre 1895 ; Douai, 12 novembre 1884, *Jurispr. Douai*, t. 42, p. 358 ; Douai, 17 décembre 1883, *Jurispr. Douai*, t. 41, p. 355.

texte ne parle que « du gage constitué par un commerçant ou par un non-commerçant » ; il ne fixe donc le caractère du gage qu'au point de vue du constituant. Devant le silence du texte, c'est à la théorie de l'accessoire que nous revenons et c'est elle qui nous fait dire que la nature de la créance décide du caractère du gage : la nature de la créance indique si le créancier a reçu le gage en vue de son commerce ou non. Sauf cependant le cas exceptionnel où la nature de la créance ne s'accorderait pas avec sa destination, où par exemple une créance commerciale ne se rattacherait plus au commerce (créance née d'une exploitation commerciale terminée). Il est bon d'observer d'ailleurs que la commercialité du gage à l'égard du créancier produit peu d'effets ; elle fonde la compétence du tribunal de commerce sur l'action *pignoratitia directa* et elle autorise pour cette action l'emploi des modes de preuve commerciaux (1). Mais elle ne permet point l'exécution simplifiée que l'article 93 du Code de commerce établit seulement pour le cas où le gage est commercial au regard du constituant.

Après cet exposé, il est à peine besoin de dire que la nature de l'objet remis en gage n'influe point sur la nature du contrat (Cass. Belgique, 29 octobre 1886, D. P. 87.II. 153). Nous n'aurions même pas fait cette observation si l'usage ne se répandait de plus en plus de donner en nantissement les fonds de commerce. Si un fonds de com-

(1) L'action *pignoratitia directa* ne met point en cause le privilège du gagiste et par suite échappe à l'exigence spéciale de l'écrit qu'édicte l'article 2074 du Code civil. C'est ainsi que les modes de preuve commerciaux doivent être admis pour elle quoique l'article 91 du Code de commerce ne la concerne pas. Les principes suffisent pour asseoir cette solution.

merce est donné en garantie d'une dette civile, l'acte est civil, quelque bizarre que cela puisse paraître.

Le contrat de gage n'est point le seul mode de garantie réelle qui soit en usage dans le commerce. Les négociants ont aussi fréquemment recours à l'hypothèque. Mais la constitution d'hypothèque n'est jamais commerciale puisqu'elle effectue un démembrement de la propriété immobilière. Comme l'hypothèque, l'antichrèse procure un immeuble en garantie et il semble bien qu'elle doive résister également à la théorie de l'accessoire. Toutefois cette seconde solution est moins sûre que la précédente, l'antichrèse ne confère au créancier ni droit de suite ni droit de préférence, elle ne donne qu'un droit de rétention et un droit de jouissance ; est-il vrai de dire qu'elle porte atteinte au droit de propriété du constituant ? Nous n'approfondirons pas ce point délicat : il ne présente aucun intérêt pratique, l'antichrèse n'étant pas en usage dans le commerce.

§ 11. — Application de la théorie de l'accessoire à la transaction et au compromis.

Quand un négociant transige sur un litige né de son commerce, quand par exemple pour éviter un procès, il s'engage à payer une certaine somme d'argent à un acheteur auquel il n'a point livré la marchandise à l'époque fixée, il agit en vue de son commerce. Il évite ainsi, en effet, des poursuites qui peuvent occasionner des frais, faire tort à sa réputation, à son crédit, en un mot nuire à son commerce. La convention qu'il passe à ce sujet constitue donc à son égard un acte de commerce par relation. Pourtant un arrêt récent de la Cour de Bourges (17 février 1896, *Gaz. Trib.*, 3 mai 1896) décide le contraire. « On

ne saurait à bon droit prétendre, disent les motifs de cet arrêt, qu'une transaction même intervenant sur un procès commercial constitue un acte de commerce. L'essence de la transaction est de mettre fin aux contestations nées ou à naître entre les parties ; terminer ou prévenir un procès n'a rien de commun avec le commerce. Ainsi envisagée, la transaction en quelque matière qu'elle intervienne est donc un acte essentiellement civil, soumis par suite aux règles du droit civil. » Si la Cour de Bourges a voulu dire que la transaction même intervenant entre commerçants ne répond jamais à la notion économique de l'acte de commerce, qu'elle ne tend point à l'obtention directe d'un bénéfice, qu'elle n'est pas une spéculation, ses observations sont justes, mais n'ont point de portée puisque personne ne songe à présenter la transaction comme commerciale par elle-même. Si la Cour de Bourges a voulu dire, comme cela est d'ailleurs plus probable, que la transaction qui met fin à un litige commercial ne se rattache pas respectivement à l'exploitation commerciale de chacune des parties, qu'elle n'est point l'accessoire de leur commerce, elle a méconnu la vérité des faits et son raisonnement juste en lui-même repose sur une allégation fausse. De toute manière l'arrêt dont nous parlons ne saurait être approuvé.

On peut observer d'ailleurs que refuser de reconnaître le caractère commercial à la transaction qui met fin à une contestation commerciale, c'est implicitement accorder au tribunal civil compétence pour connaître de droits qui sont commerciaux. La transaction en effet n'est pas transmissive mais simplement déclarative ou récongnitive des droits qui faisaient l'objet du différend ; elle ne nove point

les droits (1). Il en résulte que si ces droits sont commerciaux, ils continuent de l'être après la transaction comme ils l'étaient avant et que si la transaction soulevant à son tour des difficultés, on la soumet au tribunal civil, celui-ci, contrairement au principe de la séparation des juridictions, connaîtra de droits commerciaux.

Pour ces diverses raisons l'arrêt que nous venons de critiquer se trouve isolé dans la jurisprudence. Plusieurs autres décisions judiciaires ont reconnu implicitement ou explicitement le caractère commercial de la transaction intervenue sur un litige commercial (2) (Trib. com. Cosne, 25 juin 1895, *Ann. dr. com.*, 1895, p. 68 ; Paris, 13 juin 1894, D. P. 94.II.498 ; Req., 4 novembre 1885, D. P. 86.I. 333 (implicite) ; Bourges, 12 août 1871, S. 73.II.161 ; Bordeaux, 5 février 1857, S. 57.II.575). Ces deux dernières décisions des Cours de Bourges et de Bordeaux semblent au premier abord contraires à notre opinion ; elles décident que la transaction intervenue entre négociants ne peut pas se prouver suivant les modes du droit commercial. Mais elles sont motivées exclusivement sur l'article 2044 du Code civil qui exige que la transaction soit constatée par écrit, et par suite peuvent fort bien être interprétées en ce sens que, si la transaction doit toujours être constatée par écrit, ce n'est point qu'elle ne soit jamais commerciale, mais que c'est à raison du caractère absolu de l'article 2044 qui s'impose même aux transactions commerciales. Nous examine-

(1) En ce sens, Aubry et Rau, *Droit civil*, § 421-3° ; Req., 26 avril 1880, D. P. 81.I.12 ; Cass., 3 janvier 1883, S. 83.I.349.

(2) La doctrine est dans le même sens : Lyon-Caen et Renault, I, 506 ; Massé, *Droit commercial*, IV, 2695. *Contra* cependant : Accarias, *Transaction*, 84 ; Pont, *Petits contrats*, 500.

rons d'ailleurs au chapitre suivant si vraiment l'article 2044 du Code civil présente une telle rigueur.

Il va sans dire que la transaction peut être commerciale pour l'une des parties et civile pour l'autre.

Comme la transaction, le compromis est une convention commerciale quand il est passé au sujet d'un litige commercial. Aucune raison ne veut qu'il résiste plus qu'aucun autre contrat à la théorie de l'accessoire. Un arrêt de la Cour de Paris du 18 février 1853 (S. 53.II.163) est en sens contraire ; comme il repose sur une affirmation pure et simple, nous n'avons pas à le refuter. Et du reste, en faveur de notre opinion, nous pouvons citer un arrêt de cassation du 27 novembre 1860 (D. P. 61.I.494) et l'arrêt précité de Bourges, 12 août 1871, sur le sens duquel nous pourrions renouveler ici l'observation faite plus haut (1).

La commercialité du compromis produit les effets suivants : si l'existence de la convention est discutée, le tribunal de commerce est compétent ; il est compétent également pour nommer les arbitres, au cas où les parties ne s'entendent point pour le faire (Cass., 27 nov. 1860, précité) ; la force de la sentence arbitrale dérive toute entière de la convention des parties ; mais comme les tribunaux de commerce ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements (art. 442, C. pr. civ.), *a fortiori* ne peuvent-ils point connaître de l'exécution de la sentence arbitrale ; c'est donc le président du tribunal civil qui doit la revêtir de l'exequatur (art. 1021, Proc. civ.) et c'est le tribunal civil qui connaît des difficultés soulevées par l'exécution (2) ; des honoraires peuvent être dus aux arbitres, ceux-ci en

(1) Comparez dans le même sens : Orillard, *De la compétence des trib. de com.*, 241 ; Lyon-Caen et Renault, I, 519.

(2) Voir Lyon-Caen et Renault, I, 526.

sont créanciers en vertu du mandat contenu dans la convention de compromis ; ce mandat est comme le compromis lui-même l'accessoire du commerce des parties et par suite le tribunal de commerce est compétent pour connaître de la demande d'honoraires (Colmar, 6 décembre 1852, D. P. 56.II.115) (1). Si les arbitres avaient taxé leurs honoraires dans leur sentence et qu'ils eussent en outre réparti la dette entre les parties suivant une proportion quelconque, leur demande n'en serait pas moins de la compétence des juges consulaires. Leur décision à ce sujet, même prise en vertu d'une clause spéciale du compromis, ne saurait être considérée comme partie intégrante de leur sentence : ils ne peuvent pas être juges de leurs propres droits. Leur décision sur ce point n'est qu'une proposition amiable.

Le mode de preuve du compromis commercial, comme celui de la transaction, soulève une controverse dont nous réservons l'examen pour le prochain chapitre.

§ 12. — Application de la théorie de l'accessoire aux effets de commerce.

Aux termes de l'article 632 § 7 du Code de commerce la lettre de change est commerciale « entre toutes personnes » ; c'est dire qu'elle l'est par elle-même.

Il n'en est pas ainsi des autres effets de commerce. Ceux-ci, nous l'avons établi au chapitre II section 3, sont spécialement visés par l'article 632 § 6 qui répute actes de commerce « toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ». L'opposition visible qui sépare cette formule de celle de l'article 632 § 7 et aussi l'analogie frappante qui la rapproche de celle de l'article 631-1° déclarant

(1) *Contrà* : Paris, 18 février 1853 (précité) ; trib. Anvers, 11 août 1870, *Jurisp. Anvers*, 70.I.287.

commerciaux « les engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers » montrent que le législateur n'a admis la commercialité absolue que pour la lettre de change ; qu'au contraire il n'a admis pour les autres effets de commerce qu'une commercialité conditionnelle, celle de l'article 631-1°. En d'autres termes, le paragraphe 6 de l'article 632 ayant pour objet de former contraste avec le paragraphe suivant et cadrant d'ailleurs fort mal avec l'ensemble de l'article, applique aux effets de commerce autres que la lettre de change la disposition générale contenue dans l'article 631-1°. Il en résulte, la théorie de l'accessoire n'étant que la traduction claire et précise de cette disposition en elle-même assez confuse, que le caractère commercial ou non commercial des effets de commerce se détermine uniquement d'après cette théorie.

Par conséquent toute signature apposée sur un effet de commerce constitue à l'égard du signataire un acte de commerce par relation (1) si elle se rapporte à une opération commerciale ; si le signataire a créé l'effet, l'a accepté ou s'en est servi pour s'acquitter d'une dette commerciale ou pour recouvrer une créance commerciale. La qualité de la personne ne crée ici comme ailleurs qu'une présomption : la signature d'un commerçant peut être civile, celle d'un simple particulier peut être commerciale.

Cette règle doit être appliquée aux effets de commerce

(1) Par exception, le fait d'apposer une signature sur un effet de commerce autre qu'une lettre de change constitue un acte de commerce par lui-même quand la signature est fournie par un banquier et à titre d'opération de banque, pour escompter l'effet par exemple. Mais alors c'est comme opération de banque et non comme signature d'effet que l'acte est commercial.

de toutes sortes : aux billets de change, aux billets au porteur, aux mandats, aux simples billets, etc. Elle doit être appliquée au chèque puisque la loi du 14 juin 1865 qui a reconnu ce nouveau genre d'effet et en a fixé les règles, décide dans son article 4 que : « l'émission d'un chèque, même lorsqu'il est tiré d'un lieu sur un autre, ne constitue pas par sa nature, un acte de commerce ». Elle doit être appliquée également au billet à domicile. Longtemps on a discuté ce dernier point : le billet à domicile réalise un contrat de change, et avant la loi du 7 juin 1894, la formule non encore modifiée de l'article 632 § 7 permettait de croire que la remise d'argent faite de place en place était le fondement de la commercialité de la lettre de change ; qu'elle devait suffire également pour le billet à domicile. Depuis cette loi, la forme seule de la lettre de change décide de sa commercialité, le billet à domicile d'un mécanisme extérieur tout différent, ne saurait lui être assimilé (En ce sens, Besançon, 18 mars 1896, D. P. 97.II.346).

Enfin le même régime s'étend au billet à ordre. Celui-ci n'est point visé par l'article 632 § 6, puisque, au cours des travaux préparatoires d'où sortit le titre II du livre IV du Code, les discussions qu'il souleva obligèrent à lui réserver un texte spécial. C'est ce texte spécial, l'article 636, qui règle la nature du billet à ordre : «... Lorsque les billets à ordre ne porteront que des signatures d'individus non commerçants et n'auront pas pour occasion des opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage, le tribunal de commerce sera tenu de renvoyer au tribunal civil... (1). » Mais la seule lecture de ce texte suffit à montrer

(1) Le billet à ordre fait aussi l'objet de l'article 637. Ce texte permet au tribunal de commerce, quand un billet porte des signatures de com-

que si le billet à ordre a provoqué la rédaction d'un troisième texte concernant les effets de commerce, il n'a point occasionné pour cela la création d'un troisième système qui ne fût ni celui de l'article 632 § 6 ni celui de l'article 632 § 7. C'est l'opération à laquelle se rattache le billet qui décide de son caractère ; le billet à ordre est donc traité comme le sont les effets de commerce autres que la lettre de change. Même l'article 632 § 6 repousse par ses seuls termes toute influence de la qualité du signataire ; grâce à cette rédaction meilleure, il est un des indices qui nous ont révélé que la relation avec un commerce ou avec une opération commerciale est le vrai fondement de la commercialité conditionnelle, que les articles 631-1° et 632 § 6 en dépit de l'apparence contraire n'ont point créé une commercialité personnelle.

Nous n'avons point cité les premières lignes de l'article 636 ; elles assimilent au billet à ordre la lettre de change quand elle est réputée simple promesse aux termes de l'article 112. La lettre de change ainsi dégénérée subit donc aussi l'application de la théorie de l'accessoire.

Les effets de commerce ne sont point les seuls écrits que signent les commerçants relativement à leurs créances et à leurs dettes. Ils signent parfois des reconnaissances ordinaires sous seing privé, des conventions synallagmatiques,

merçants et des signatures de non-commerçants, de connaître indistinctement de toutes les signatures. Mais dans sa seconde partie il interdit de prononcer la contrainte par corps contre les non-commerçants à moins qu'ils n'aient signé l'effet à l'occasion d'une opération de commerce. Cette restriction montre : 1° que la première partie du texte modifie la compétence sans toucher à la nature même des signatures ; 2° que celle-ci dépend séparément pour chaque signature de l'opération qui l'a occasionnée. Au point de vue qui nous intéresse, l'article 637 ne fait donc que confirmer l'article 636.

des actes authentiques. Mais nous n'avons pas à examiner si la théorie de l'accessoire s'applique à ces écrits, parce que ces écrits ne sont point des actes. A la différence des effets de commerce, lesquels ont pour but de nover les obligations, ou d'en changer les conditions, notamment celles d'échéance et de paiement ou de créer des obligations accessoires, lesquels sont des actes par conséquent puisqu'ils influent sur les droits, les autres écrits sont de simples moyens de preuve ; ils n'ajoutent rien aux conventions qu'ils constatent et par suite ne sont pas plus des actes civils que des actes de commerce. Mais ces écrits peuvent être examinés par les tribunaux consulaires quand les conventions dont ils sont la preuve sont des actes de commerce et il est bon d'observer à ce sujet que l'apparence civile d'un écrit ne peut ni empêcher qu'il soit soumis à la juridiction consulaire ni porter atteinte en aucune manière à la présomption de commercialité (Paris, 2 mars 1860, D. P. 60.V.78 ; Lyon, 18 février 1886, *Gaz. Pal.*, 86.I.712).

§ 13. — Application de la théorie de l'accessoire au compte courant et à l'ouverture de crédit.

Suivant un arrêt rendu par la Cour de cassation le 11 mars 1856 (D. P. 56.I.407) la convention de compte courant serait commerciale par elle-même. Il s'agissait dans l'espèce de décider au sujet d'un compte qu'avaient entretenu un banquier et un non-commerçant, si celui-ci était tenu des intérêts au taux de 6 0/0 ou à celui de 5 0/0. « Il importe peu, déclara la Cour, que l'un des cocontractants ne soit pas commerçant ; puisque la convention à laquelle il prend part est un acte de commerce. » Cette opinion est manifestement erronée : l'énumération de l'article 632 ne contient aucun terme qui soit applicable ou directement

ou par analogie au compte courant et on chercherait d'ailleurs en vain dans ce contrat la poursuite d'un bénéfice direct. Le compte courant n'est pas commercial par lui-même.

Mais il est commercial par relation quand il est ouvert par un négociant pour le règlement d'affaires commerciales ; rien n'empêche, en effet, qu'il ne se plie à la théorie de l'accessoire. Ouvert par un simple particulier, — car le compte courant peut exister avec tous ses caractères distinctifs même entre simples particuliers (Req., 7 février 1881, D. P. 81.I.425), — il reste un acte civil. Entre un négociant et un simple particulier, il est commercial pour le premier, civil pour le second.

L'espèce qu'avait à juger la Cour de cassation en 1856 était de ce dernier genre ; le compte avait mis en présence, nous l'avons dit, un banquier et un non-commerçant et cette particularité suggéra à la Cour un argument spécial à l'appui de son idée que le non-commerçant lui-même avait fait acte de commerce : la réciprocité est de l'essence du compte courant, les deux parties doivent être traitées rigoureusement de la même façon. Cet argument n'a d'ailleurs point de force : la réciprocité de traitement en effet n'est qu'une des clauses de la convention de compte courant, et cette convention elle-même n'est qu'un accord de volontés entre les parties. La volonté peut-elle rien changer à la qualification légale des actes ? peut-elle modifier leur nature civile ou commerciale alors que la détermination de cette nature touche à l'ordre public, ne fût-ce que par l'influence qu'elle exerce sur les questions de compétence ?

Nous pouvons d'ailleurs citer un certain nombre de décisions judiciaires tout à fait contraires à celles de la

Cour de cassation et attestant que la nature du compte courant dépend de sa destination : Trib. civ. Seine, 21 mars 1898, *Droit* du 15 mai 1898 ; Douai, 24 mai 1875, *Jurisp. Douai*, t. 34, p. 70 (solut. implicite) ; Metz, 7 janvier 1857, S. 57.II.496 ; Nancy, 30 décembre 1848 et 18 mai 1849, S. 50.II.577 (1). « Tout dépend des éléments qui composent le compte », dit cet arrêt de Nancy du 30 décembre 1848. Il est clair en effet que si le compte sert à constater, à liquider et à balancer (en les transformant bien entendu) des opérations commerciales, il est en vue du commerce ; que si, au contraire, il ne s'applique qu'à des affaires civiles il n'est pas en vue du commerce. Si le compte s'applique à la fois à des affaires commerciales et à des affaires civiles, il prend le caractère de la majorité des affaires ; cette majorité indique en effet l'intention de ceux qui ont ouvert le compte.

Mais si la nature des opérations constatées a cette influence sur le compte, n'est-il point difficile d'admettre, comme on le fait généralement (2), que dans un compte commercial, les articles relatifs à des opérations civiles sont cependant commerciaux et vice versa ? Si la nature des opérations décide de celle du compte, comment la nature du compte décidera-elle de celle des articles ? On ne peut pas admettre une dépendance réciproque. Cette difficulté n'est qu'apparente. Que la nature des articles dépende de celle du compte, c'est bien certain puisqu'ils en sont les éléments. Cela n'empêche point que la nature du compte ne dépende de celle des opérations ; opérations et

(1) Voir dans le même sens en doctrine : Boistel, *Précis*, 886 ; Ruben de Couder, *Diction.*, v^o *Compte courant*, 21 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, IV, n^o 799.

(2) Voir notamment Lyon-Caen et Renault, I, 181.

articles correspondants sont deux choses très distinctes, puisque des unes aux autres une novation est intervenue. Par le fait que tous les articles du compte ou qu'au moins la plupart d'entre eux correspondent à des opérations commerciales, on constate que la convention de compte courant est intervenue entre les parties en vue de leur commerce respectif; la nature commerciale du compte ainsi déterminée, à cause de l'homogénéité nécessaire et la novation du reste le permettant, tous les articles sont commerciaux, même ceux qui de ci de là se rapportent à des opérations civiles.

L'ouverture de crédit ne soulève aucune difficulté. A l'égard du banquier elle constitue une opération de banque puisqu'elle est pour lui un moyen d'écouler des fonds, un moyen de se placer comme intermédiaire entre ceux qui offrent de l'argent et ceux qui en demandent. Elle est donc commerciale par elle-même (632, § 4). A l'égard du crédit, elle est commerciale par relation quand elle a été demandée en vue d'opérations commerciales. C'est d'ailleurs le cas ordinaire.

Quand l'ouverture de crédit est consentie par un négociant ordinaire, non par un banquier (cela arrive par exemple quand elle porte sur des marchandises) elle ne peut être commerciale que par relation.

**§ 14. — Application de la théorie de l'accessoire
aux conventions innommées.**

Nous avons jusqu'ici appliqué la théorie de l'accessoire aux contrats nettement définis, aux contrats nommés; il n'y a évidemment aucune raison pour ne point l'appliquer également à ceux dont la forme imprévue ne permet de les rattacher à aucun des types qualifiés par le législateur

ou par l'usage. Toute convention, quelle qu'elle soit, passée par un négociant en vue de son commerce constitue à son égard un acte de commerce par relation.

Le cas pratique de conventions innommées qui soient commerciales par relation est celui des stipulations par lesquelles des commerçants exerçant le même commerce, s'engagent les uns vis-à-vis des autres à maintenir leurs marchandises à un certain prix, à refuser d'accepter de la part de leur clientèle certaines conditions trop onéreuses, à respecter mutuellement la clientèle de chacun. Ces conventions, ou toutes autres tendant à éviter les inconvénients d'une concurrence effrénée, se rattachent au commerce respectif de chacun de ceux qui y adhèrent et constituent pour chacun des actes de commerce. Ainsi la Cour de Lyon a qualifié de commerciale la convention par laquelle tous les négociants de même catégorie d'une certaine ville s'étaient engagés les uns vis-à-vis des autres à tenir leurs magasins fermés le dimanche (Lyon, 22 nov. 1889, *Ann. Dr. com.*, 90, p. 103). Observons d'ailleurs que de telles stipulations sont nulles quand elles portent une trop grave atteinte à la liberté du commerce ; mais même alors c'est à la juridiction consulaire qu'il appartient d'en prononcer la nullité (chap. V, section 2).

L'exemple que nous venons de donner n'a d'ailleurs rien de limitatif. Nous ne saurions mieux le faire observer qu'en opposant à ce cas très fréquent, le cas plus rare où un entrepreneur de travaux publics règle à l'amiable et sans intervention de l'autorité administrative l'extraction de matériaux qu'il a besoin de pratiquer sur des terrains environnants. Cette convention innommée a été reconnue commerciale par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 11 novembre 1872 (D. P. 73.1.261).

**SECTION II. — Application de la théorie de
l'accessoire aux délits.**

Les délits commerciaux soulèvent au point de vue théorique un ensemble de questions qui ont été examinées et résolues au cours des précédents chapitres. D'abord l'article 631-1° du Code de commerce qui soumet à la compétence des juges consulaires « les contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers », est-il assez large pour être appliqué à tous les genres d'obligations et notamment aux obligations délictuelles ? Cette question a été examinée et résolue affirmativement dans la section 3 du chapitre II à propos de l'étude des textes. Et comme nous avons établi au chapitre IV, section 2, que cet article 631-1° est le fondement de la théorie de l'accessoire, il en résulte que cette théorie est elle aussi assez large pour être appliquée aux délits. Mais les délits peuvent-ils jamais satisfaire aux exigences de cette théorie ? peuvent-ils jamais être considérés comme l'accessoire d'une exploitation commerciale ? Ce problème a été agité à la section 3 § 2 du chapitre IV, lorsque nous avons recherché les déductions fondamentales que comporte la règle de l'accessoire ; et nous avons alors reconnu qu'un délit est l'accessoire d'une exploitation commerciale quand il a été commis en vue de favoriser cette exploitation. Mais les délits, tout en étant susceptibles de satisfaire au critérium de la destination, ne sont-ils point, à raison de leur nature, réfractaires à la commercialité ? ne résistent-ils point à raison de leur illicéité à la théorie de l'accessoire ? Cette objection a été écartée au chapitre V, section 2, quand nous avons déterminé

les restrictions que subit la théorie de l'accessoire (1).

Il ne nous reste donc ici qu'à suivre au point de vue pratique les conséquences des principes que nous avons établis. Puisque les délits en tant du moins qu'ils font naître l'obligation de réparation (non en tant qu'ils engendrent une menace de répression, il est bon de le faire observer) puisque les délits, disons-nous, ne sont point par leur nature réfractaires à la commercialité, puisqu'ils sont l'accessoire d'une exploitation commerciale quand ils ont été commis en vue de la favoriser, et puisque tout acte ou tout fait accessoire à une exploitation commerciale est lui-même commercial par l'effet de cette relation, il faut admettre que tout délit commis par un négociant en vue d'améliorer ses affaires est au regard du coupable un acte de commerce par relation. Il s'agit maintenant d'appliquer cette règle.

Or, une de ses conséquences les moins discutables est que la qualité du délinquant n'influe pas sur la nature du délit. Même quand le délinquant est un négociant, sa faute reste civile si elle n'est pas commise en vue de son commerce. Ainsi le commerçant qui lance des imputations diffamatoires contre une société dont il a fait partie et qui le fait par esprit de rancune et de vengeance, non pour faciliter une concurrence qu'il entreprendrait contre la société, n'est tenu que civilement à la réparation du dommage causé. Cette espèce a été jugée en ce sens par la Cour de Paris le 25 juillet 1867 (D. P. 71.II.87). Une autre conséquence de la règle posée est que la relation avec le com-

(1) Rappelons en outre qu'au chapitre III, section 1, nous avons tracé l'historique de l'interprétation du mot « engagement » qui figure dans la rédaction de l'article 631-1^o et qu'à ce propos nous avons exposé comment l'idée des délits commerciaux s'est introduite dans notre droit.

merce de l'incriminé doit être réelle et non point fictive. Ainsi l'individu, qui escroque de l'argent en faisant croire à ses victimes qu'il les associe à une entreprise commerciale imaginaire, ne commet là qu'un délit civil. Cette espèce a été ainsi jugée par la Cour de cassation le 4 juillet 1888 (D. P. 89.I.100).

En sens inverse, voici des exemples de délits commerciaux déterminés par une juste application de la théorie de l'accessoire. Le directeur d'une société de banque, de mauvaise foi, donne à un commerçant des renseignements faux pour le déterminer à contracter avec un tiers insolvable un marché dont la banque doit tirer profit (Req., 5 août 1875, D. P. 77.I.325). Un ex-commerçant qui a cédé son fonds de commerce déprécie par des imputations diffamatoires le fonds qu'il a vendu avec l'espoir qu'il obtiendra ainsi plus facilement du cessionnaire une rétrocession qui lui permettra de se remettre aux affaires (Req., 14 février 1882, D. P. 82.I.411). Un libraire usurpe et édite un plan de ville dressé par un dessinateur (Pau, 31 mai 1878, D. P. 80.II.80).

Le négociant qui fait banqueroute commet aussi un délit commercial : mais cet exemple présente peu d'intérêt. D'une part on ne peut songer pratiquement à réclamer des dommages-intérêts au banqueroutier puisqu'il est en faillite ; d'autre part, le dommage subi en pareil cas se borne le plus souvent au montant des dettes qui n'ont pas été acquittées et par suite, si le banqueroutier revient plus tard à meilleure fortune, il suffira pour obtenir réparation, d'alléguer contre lui ses obligations conventionnelles.

L'examen de ces divers exemples suggère deux observations. D'abord la victime du délit commercial peut fort

bien n'être pas un commerçant (1) et ce nous est une occasion de rappeler pour les délits une remarque vraie de tous les actes de commerce par relation : à savoir que les mots « contestations entre négociants » qui figurent au texte de l'article 631-1° ne doivent pas être entendus en leur sens rigoureux : ils n'impliquent point que le demandeur doive avoir la qualité de commerçant (2). Ensuite les délits commerciaux, bien loin de se borner à certains types bien caractérisés qui ont été les premiers reconnus et dont nous allons parler, sont au contraire d'une variété infinie et revêtent les formes les plus diverses. Il n'est pas plus possible de les dénombrer, qu'il ne l'est d'énumérer toutes les machinations coupables que peut imaginer la mauvaise foi.

Voyons maintenant les cas types (3). C'est d'abord l'usurpation d'enseigne dont on ne peut discuter ni le caractère frauduleux ni la destination forcément commerciale : on ne conçoit pas comment un individu pourrait usurper l'enseigne d'autrui sinon pour favoriser son propre commerce au détriment de celui de la victime. On peut voir d'ailleurs en ce sens un arrêt de la Cour de Paris du 28 avril 1866 (D. P. 66.II.128) et un arrêt de la Cour de Toulouse du 9 mai 1887 (*Gaz. Pal.*, 87.II.534).

L'usurpation de nom commercial ressemble beaucoup à l'usurpation d'enseigne ; elle constitue également un délit commercial (Cass., 12 novembre 1856, D. P. 56.I.392 ;

(1) Voir spécialement en ce sens outre l'arrêt de Pau précité : Paris, 25 juillet 1870, D. P. 72.V.435.

(2) Voir chapitre 2, section 4 *in fine*.

(3) La commercialité des délits dont nous allons parler et qui ne sont que les diverses formes de la concurrence déloyale est très généralement admise en doctrine : Lyon-Caen et Renault, I, 177 b. ; Appert, *Des actes de commerce terrestre*, p. 312 ; Thaller, *Traité élémentaire*, 56.

Colmar, 1^{er} mai 1867, D. P. 67.II.169 ; Paris, 18 juillet 1877, S. 78.II.241). Une loi du 28 juillet 1824 organise une protection spéciale pour une certaine catégorie de noms commerciaux, ceux des fabricants. Mais elle ne contient aucune disposition spéciale quant à la compétence sur les actions civiles en réparation ; elle n'apporte donc aucune restriction à la théorie de l'accessoire. Ce n'est pas à dire que celle-ci puisse toujours être appliquée sans réserve en cette matière. Les noms commerciaux en effet ne sont souvent autre chose que des noms patronymiques, et ceux-ci font au profit de leurs titulaires l'objet d'une sorte de propriété dont la juridiction civile a la garde exclusive. Ils sont un élément de l'état des personnes ; les tribunaux civils seuls sont compétents pour juger les questions d'état. On voit par là que, dans certaines hypothèses, les contestations relatives aux noms commerciaux ne peuvent pas être tranchées par les tribunaux consulaires ; ces hypothèses sont toutes celles où la solution de la difficulté posée doit avoir pour effet de modifier l'état de l'une ou de l'autre partie, d'établir par exemple le vrai nom patronymique d'un individu, de modifier l'orthographe d'un nom telle qu'elle est établie par les actes de l'état civil, etc. Quand, au contraire, le nom patronymique du défendeur n'étant point discuté, le demandeur propose simplement qu'il soit fait défense à son adversaire d'en user d'une certaine manière dans le commerce ou qu'il lui soit interdit d'user d'un nom autre que le sien, il n'est plus question alors que d'apprécier le droit du défendeur à l'usage commercial qu'il fait d'un nom, d'interpréter des conventions ou des usages, et le tribunal consulaire est compétent. Il est intéressant de comparer à ce point de vue l'arrêt de Colmar précité statuant sur une hypothèse

où le tribunal de commerce était compétent, avec un arrêt de la Cour de Lyon du 18 août 1881 (S. 82.II.53) statuant au contraire sur une hypothèse où une question d'état impliquée dans la contestation détruisait la compétence du tribunal de commerce.

L'usurpation de nom, l'usurpation d'enseigne qui sont des types bien caractérisés de délits commerciaux ne sont elles-mêmes que des formes intéressantes d'un type plus large qui n'est autre que la concurrence déloyale. Tout acte, toute manœuvre qui sort des limites permises par l'usage ou par la loi et qui a pour but de faire tort à un concurrent, est un cas particulier de ce genre de délit. Et il n'est point douteux que la responsabilité qui en dérive ne soit commerciale puisque, par définition, le fait qui l'a engendrée a été accompli en vue du commerce du coupable. Nous supposons en effet une concurrence établie entre commerçants ; la concurrence qui existe dans les professions étrangères au négoce, dans les professions libérales par exemple, ne concerne en rien le commerce et ne saurait provoquer de délits commerciaux. Ce point a du reste été jugé (Trib. civ. Seine, 7 mai 1886, *Droit* du 30 juillet 1887). Mais aussi il a été jugé par des arrêts trop nombreux pour que nous ne nous bornions pas à citer les plus récents, que la concurrence déloyale entre commerçants, sous quelque forme qu'elle se présente, est un délit commercial. Acheter des créances litigieuses dont un concurrent est le débiteur pour avoir le moyen de le poursuivre et de le discréditer (Req., 3 janvier 1872, D. P. 72.I.301) ; mettre sur ses propres produits le nom d'une autre ville dans laquelle se fabriquent des produits similaires (Orléans, 20 janvier 1864, S. 64.II.115) ; céder à un tiers une entreprise de fournitures administratives et retenir en

cache une commande de l'administration (Alger, 2 juillet 1877, S. 77.2. 288); tenir sur le compte d'un concurrent des propos malveillants ou diffamatoires (Caen, 17 avril 1882, *Gaz. Pal.*, 83.I.235); mentionner sur des factures, sur des annonces, sur des étiquettes une date de fondation qui fait passer la maison de commerce pour plus ancienne qu'elle ne l'est en réalité (Paris, 21 mars 1887, *Pand. franç.*, 88.II.246 implicite); lancer dans le public des circulaires qui sont diffamatoires à l'égard d'un concurrent (Orléans, 7 novembre 1895, D. P. 96.II.140); se livrer à l'une quelconque de ces manœuvres malhonnêtes ou à d'autres semblables, c'est faire de la concurrence déloyale et c'est commettre un délit commercial (1).

Mais justement parce que la notion de la concurrence déloyale est très compréhensive, certaines réserves doivent être faites. Parfois même entre commerçants, la concurrence déloyale est un délit civil; c'est lorsqu'elle revêt certaines formes particulières que des textes spéciaux prévoient et pour lesquelles ils établissent d'une manière absolue la compétence des tribunaux civils.

Ainsi, entre commerçants, la contrefaçon d'un brevet d'invention est évidemment un acte de concurrence déloyale; pourtant en vertu de l'article 34 de la loi du 5 juillet 1844 elle n'est jamais qu'un délit civil. « L'action en nullité et l'action en déchéance, dit ce texte, pourront être exercées par toute personne y ayant intérêt. Ces actions ainsi que toutes contestations relatives à la propriété des brevets, seront portées devant les tribunaux civils de première instance. » Ces derniers mots sont trop absolus pour qu'on puisse les écarter au cas où le contrefacteur

(1) Aux arrêts cités, *adde*: Alger, 25 mars 1889, *Loi* du 25 mai 1889.

est un commerçant, d'autant plus que ce cas est le plus fréquent, peut-être même le seul pratique. Il est vrai qu'à consulter l'exposé des motifs dont le ministre de l'agriculture et du commerce accompagna le dépôt du projet de la loi de 1844 (1) et à comparer l'article 34 et les articles 40 et 46 relatifs à la compétence du tribunal correctionnel avec l'article 20 de la loi du 25 mai 1838, le législateur de 1844 semble bien, en ce qui concerne la compétence, n'avoir songé qu'à confirmer une réforme déjà faite par la loi de 1838 ; qu'à détruire la compétence que la loi des 14-25 mai 1791 avait attribuée au juge de paix sur les actions en contrefaçon. Le législateur de 1844 semble bien n'avoir pas songé à détruire la compétence des tribunaux consulaires. Mais cela ne prouve rien contre le sens rigoureux de l'article 34 ; car pendant toute la période qui avait précédé la loi de 1838, on n'avait nullement songé à attribuer un rôle en cette matière aux tribunaux de commerce, on admettait que les lois des 31 décembre 1790-7 janvier 1791 et 14-25 mai 1791 combinées formaient le système suivant : au juge de paix les actions en contrefaçon, au tribunal civil de première instance les actions en nullité et en déchéance (2). Ni le législateur de 1838, ni le législateur de 1844 n'avaient donc à exclure la compétence du tribunal de commerce puisqu'elle était exclue déjà par le droit antérieur. On trouve d'ailleurs dans l'exposé des motifs de la loi de 1844 quelques paroles qui montrent qu'en préparant la loi on n'avait nullement songé à voir jamais les tribunaux de commerce intervenir en cette matière. Pour expliquer la disposition

(1) Voir la collection Duvergier, 1844, p. 561 et 562.

(2) Voir le rapport de M. Renouard sur la loi du 25 mai 1838 ; Duvergier, 1838, p. 361.

de l'article 36 qui impose devant le tribunal civil la procédure des matières sommaires, le ministre disait : « Les contestations relatives aux brevets d'invention, quoique soumises à la juridiction civile, ont, il faut le reconnaître, une très grande analogie avec les matières commerciales, pour lesquelles le législateur a dû établir une procédure abrégée (1). » Le ministre se serait-il exprimé en ces termes s'il eût pensé que certaines contestations pouvaient relever non de la juridiction civile, mais de la juridiction consulaire ?

Il est donc bien certain que les contestations relatives aux brevets d'invention sont exclusivement de la compétence des tribunaux civils, par suite que les faits de concurrence déloyale qui sont en même temps des faits de contrefaçon de brevet échappent aux tribunaux consulaires. La jurisprudence est d'ailleurs en ce sens : Bordeaux, 10 novembre 1869 (D. P. 71.II.21); Rouen, 14 février 1870 (D. P. 72.II.151); Lyon, 13 décembre 1871 (D. P. 71.III.34). Rappelons par contre, que l'article 34 de la loi de 1844 ne détruit pas la compétence des tribunaux consulaires relativement aux cessions commerciales de brevets d'invention (voir le § 1, section 1 du présent chapitre) (2).

La concurrence déloyale, même entre commerçants, reste encore un délit civil lorsqu'elle revêt la forme d'une contrefaçon ou d'une imitation frauduleuse de marques de fabrique ou de commerce. « Les actions civiles relatives aux marques, dit l'article 16 de la loi du 23 juin 1857, sont portées devant les tribunaux civils et jugées comme

(1) Voir la collection Duvergier, 1844, p. 562, 2^e colonne.

(2) La jurisprudence que nous avons citée en cet endroit s'ajoute à celle que nous venons de mentionner pour attester que la contrefaçon du brevet ne peut être classée parmi les délits commerciaux.

matières sommaires. » Et le sens rigoureux de ce texte clair par lui-même, est d'autant moins discutable qu'au cours des travaux dont sortit la loi de 1857, la compétence des tribunaux de commerce fut proposée et repoussée (1). Il est du reste attesté par la jurisprudence : Cass., 22 mars 1864 (D. P. 64.I.334) ; Cass., 15 avril 1878 (D. P. 79.I. 169) ; Grenoble, 8 février 1886 (D. P. 87.II.9).

Mais il importe de ne pas exagérer la portée de cette disposition. Qu'elle ne touche nullement au régime des cessions de marques, c'est ce que nous avons déjà fait observer (2) et c'est d'ailleurs un point qui ne nous intéresse pas ici. Il est opportun au contraire, de remarquer que la disposition dont nous parlons est intimement unie à l'ensemble de la loi de 1857, qu'elle n'en doit jamais être détachée et que par suite elle doit être appliquée uniquement à l'usurpation des marques qui satisfont aux conditions fixées par la loi. Ainsi la marque doit être rigoureusement individuelle, elle doit être un signe « servant à distinguer les produits d'une fabrique ou les objets d'un commerce », comme le prescrit l'article 1^{er} de la loi ; une marque ou une dénomination qui est en fait à l'usage de plusieurs négociants n'est point protégée par la loi de 1857. La Cour d'Orléans a décidé à juste titre dans un arrêt rendu le 20 janvier 1864 (S. 64.II.115) que l'usurpation du nom d'une autre ville où sont fabriqués des produits similaires n'est point une usurpation de marque et rentre dans la catégorie générale du délit commercial de concurrence déloyale.

De même l'article 2 de la loi de 1857, modifié par une

(1) Voir un extrait du rapport présenté au nom de la commission parlementaire dans D. P. 57.IV.98, note 8.

(2) Voir la section 1, § 1 du précédent chapitre.

loi du 3 mai 1890, exige que la marque ait été déposée au greffe du tribunal de commerce du domicile de celui qui l'emploie. Par suite, l'usurpation d'une marque qui n'aurait pas été déposée ne rentre point dans les prévisions de l'article 16 et constitue un délit commercial (Douai, 18 janvier 1888, *Annales Dr. comm.*, 1888, p. 429) (1).

Enfin, à examiner attentivement les articles 7, 8 et 9 de la loi de 1857 organisant la répression pénale, on voit que par contrefaçon ou par imitation frauduleuse de marques, le législateur n'entendait pas un emploi quelconque de la marque, mais une apposition sur les produits ou sur les marchandises. Par suite, la reproduction ou l'imitation d'une marque faite sur toute autre chose, par exemple sur des factures ou sur des annonces, échappe à la disposition de l'article 16 et relève de la juridiction consulaire (Grenoble, 8 février 1886, précité).

Le fait par un négociant de débaucher les ouvriers d'un autre négociant peut constituer, suivant les circonstances, un véritable délit de concurrence déloyale. Il est à remarquer sur ce point, que si ce sont des apprentis et non des ouvriers ou employés qui sont ainsi détournés, le maître qui est victime de cette manœuvre ne peut actionner l'autre en dommages-intérêts que devant le conseil de prud'hommes, si du moins il en existe un dans l'endroit qui soit compétent. Cette nouvelle restriction à la théorie de l'accessoire, résulte des articles 13 et 18 de la loi du 22 février 1851 (2). S'il n'existait point de conseil de

(1) Comparez en ce sens : Bordeaux, 1^{er} juin 1887, D. P. 89.II.27 ; Cass. crim., 21 janvier 1892, D. P. 92.I.397.

(2) Sur la portée de l'art. 18 de cette loi de 1851, voir ce que nous avons déjà dit au § 3 de la section 1 du présent chapitre.

prud'hommes compétent, le tribunal de commerce reprendrait ses attributions normales.

La contrefaçon des brevets d'invention, la contrefaçon ou l'imitation des marques de fabrique ou de commerce, le détournement d'apprenti sont trois formes de la concurrence déloyale qui échappent à la juridiction consulaire malgré la théorie de l'accessoire. En sens inverse, il en existe une autre forme qui relève de cette juridiction en vertu d'un texte spécial et sans le secours de notre théorie ; il s'agit de la contrefaçon ou de l'usurpation des dessins industriels. L'article 15 de la loi du 18 mars 1806 dit en effet que le dépôt d'un échantillon aux archives du conseil de prud'hommes est un préliminaire indispensable pour « pouvoir revendiquer par la suite, devant le tribunal de commerce, la propriété d'un dessin ». Il n'y a donc pas de distinction à faire entre l'usurpation commise par un commerçant et l'usurpation commise par un non-commerçant ; quelle que soit la qualité du coupable et quelque étranger que puisse être le délit au négoce, les poursuites doivent être exercées devant le tribunal de commerce (1).

On admet d'ailleurs aujourd'hui que la loi de 1806 organisant la protection des dessins s'applique également aux modèles industriels (2). Cette solution n'est pas absolument sûre ; le mot « dessins » en effet ne désigne pas naturellement les modèles en relief, les sculptures. Si on en revenait un jour à l'opinion ancienne suivant laquelle les

(1) La compétence de la juridiction consulaire ne s'impose d'ailleurs que pour la contrefaçon des dessins déposés. La contrefaçon des dessins non déposés ne peut être qualifiée que d'après la théorie de l'accessoire. La loi de 1806 forme un tout indivisible comme celle de 1857 sur les marques de fabrique.

(2) Paris, 19 janvier 1887, D. P. 87.II.204 et renvois.

modèles industriels sont protégés non par la loi de 1806, mais par la loi des 19-24 juillet 1793 sur les productions artistiques, il y aurait lieu d'appliquer aux contrefaçons de modèles la théorie de l'accessoire. La loi de 1793 ne contient en effet aucune disposition concernant la compétence. Nous n'aurions même pas à faire cette observation si un jugement du Tribunal civil de la Seine du 16 mai 1868 (*Annales propriété indust.*, 68, p. 189) n'avait décidé, sans raison, que la loi de 1793 impose d'une manière absolue la compétence des tribunaux civils.

Nous n'avons pas jusqu'à présent appelé l'attention sur un point essentiel, à savoir que les délits commerciaux ne le sont qu'en tant qu'ils engendrent une obligation de réparation et non en tant qu'ils donnent lieu à répression ; sous ce second aspect, ils ne sont ni civils ni commerciaux, ils sont des fautes qualifiées ne relevant que de la juridiction criminelle. Nous avons pu négliger cette observation, bien qu'elle ait toute l'importance d'un principe, parce qu'elle vient d'elle-même à l'esprit et nous ne la plaçons ici que pour en tirer une conséquence de détail.

Cette conséquence est que les délits qui se commettent contre les octrois, contre les douanes, contre les taxes diverses qui grèvent les boissons, les sucres, etc., et qui se rattachent le plus souvent au commerce de certains négociants, ne sont cependant jamais commerciaux. En effet, la réparation à laquelle donnent lieu ces délits est assurée par la condamnation à une amende qui a en même temps un certain caractère pénal. Si bien que les seules juridictions qui puissent connaître de ces délits, même au point de vue du dédommagement nécessaire, sont celles qui sont chargées de les réprimer, c'est-à-dire le juge de paix ou le tribunal correctionnel. La confusion entre la réparation et

la répression qu'ils engendrent empêche de discerner en eux les deux faces sous l'une desquelles seulement, ils pourraient apparaître comme commerciaux.

Il faut faire une réserve cependant : le droit à l'amende ne supprime pas pour les administrations financières le droit à des dommages-intérêts. C'est du moins l'avis de M. Garraud. « Les administrations financières ont en principe le droit qu'aucun texte ne leur enlève de conclure non seulement à l'application d'une peine, mais à la condamnation des contrevenants à des dommages-intérêts (1). » Mais cette règle ne pourrait être appliquée qu'au cas où le délit reproché ne serait pas prévu par les textes fiscaux. Au cas où au contraire le délit est prévu et puni par un texte spécial, il paraît bien improbable que jamais le préjudice subi puisse être amplement réparé par l'amende.

Il ne faudrait point considérer comme un cas où le délit fiscal devient commercial, celui où la fraude a été faite par un préposé pour le compte de son patron et où celui-ci est responsable. Ce ne sont pas en effet des dommages-intérêts ordinaires qui sont réclamés à celui-ci ; c'est plutôt une amende. On admet en effet que sa responsabilité est non civile, mais pénale (2).

SECTION III. — Application de la théorie de l'accessoire aux quasi-délits.

Pour les quasi-délits comme pour les délits, la question

(1) Garraud, *Traité de Droit pénal*, I, p. 579.

(2) Garraud, *loc. cit.* ; Sourdat, *Traité de la responsabilité*, I, 80 ; Paris, 7 décembre 1882, D.P.83.II.179. *Contrà* : Douai, 31 août 1832, *Répert.* Dalloz, v^o *Douanes*, 1002.

de la commercialité se décompose au point de vue théorique en plusieurs problèmes différents (1). L'article 631-1° du Code de commerce et la théorie de l'accessoire qui en est la traduction sont-ils assez larges pour s'étendre même aux engagements quasi-délictuels ? Si oui, les quasi-délits de leur côté, peuvent-ils être jamais considérés comme l'accessoire d'une exploitation commerciale et quand peuvent-ils l'être ? Leur caractère illicite ne fait-il point d'ailleurs obstacle à leur commercialité ?

Le premier et le dernier de ces trois problèmes se posent dans les mêmes termes pour les quasi-délits que pour les délits et par suite comportent les mêmes solutions : le mot « engagements » qui figure au texte de l'article 631-1° y est pris dans l'acception la plus large et par suite vise toute obligation, quelle que soit sa source (v. chap. II, section 3) ; le caractère illicite des quasi-délits et des délits ne s'oppose pas à l'application de la théorie de l'accessoire (v. chap. V, section 2).

Mais les quasi-délits étant, à la différence des délits, involontaires, ne peuvent pas être l'accessoire d'un commerce à raison de leur destination ; la finalité ne se rencontre pas en eux. Le critérium que nous avons appliqué aux délits, ne s'applique donc pas aux quasi-délits. Pour ceux-ci nous l'avons reconnu au chapitre IV, section 3, § 3, c'est la destination du fait dont ils sont la conséquence involontaire qui détermine leur caractère. En d'autres termes les quasi-délits sont l'accessoire du commerce de celui auquel ils sont imputables, quand ils sont commis dans l'exercice de ce commerce. En même temps que nous

(1) Comparer ce qui va suivre avec ce qui est dit au début de la section précédente.

établissions cette règle, nous en avons rejeté d'autres qui ont été admises autrefois ou qui le sont encore : la règle d'après laquelle les quasi-délits ne seraient jamais l'accessoire de l'exploitation commerciale, celle d'après laquelle ils ne le seraient qu'à condition d'être survenus à l'occasion de rapports commerciaux préexistant entre les parties, celle d'après laquelle ils ne le seraient qu'à condition d'intervenir entre deux commerçants et de se rattacher au commerce des deux parties. D'ailleurs au chapitre III, section 1 nous avons tracé l'historique de toutes ces questions.

Ici il nous reste simplement à appliquer le critérium que nous avons choisi : un quasi-délit est commercial quand celui qui en est responsable l'a commis dans l'exercice de son négoce. Il va sans dire du reste que l'exercice du négoce comprend tous les actes juridiques ou non, toutes les opérations matérielles ou immatérielles, que le négociant accomplit ou fait accomplir en vue de ses affaires commerciales.

Voyons d'abord ce que valent certaines restrictions qu'on a cherché à imposer à la théorie de l'accessoire en cette matière ; voyons si certaines sortes de quasi-délits sont réfractaires à la commercialité.

Si la victime du dommage a été atteinte non pas dans ses biens, mais dans sa personne, si le dommage subi est corporel, le quasi-délit qui se rattache, nous le supposons, au commerce du responsable peut-il cependant être commercial ? Dans un jugement rendu le 29 avril 1898, le tribunal de commerce de Lyon (*Annales de dr. com.*, 1890, p. 485) s'est prononcé pour la négative : il a refusé de qualifier de commercial le quasi-délit consistant en des blessures faites à un individu par la voiture d'un commerçant et il a allé-

gué pour motif : qu'il s'agissait d'apprécier la gravité des blessures et infirmités résultant de l'accident et que la juridiction consulaire n'était pas instituée pour connaître de ces questions délicates. Cette raison est sans valeur au point de vue juridique ; en supposant que les questions soulevées par des accidents corporels soient plus délicates que d'autres, la difficulté d'un litige n'a jamais permis à un tribunal de s'en dessaisir. Et notre conclusion est qu'aucune raison n'existe pour justifier une exception au droit commun touchant les accidents corporels (1).

Il arrive souvent (c'est même de beaucoup le cas le plus fréquent) que le dommage au lieu d'être causé par le négociant lui-même l'est par un de ses employés. Le fait dommageable fait naître alors une double responsabilité, celle du patron et celle du coupable. Celui-ci n'étant pas commerçant ne peut être tenu que civilement, comment alors à raison du même fait le patron peut-il être tenu commercialement ? Cette difficulté a suggéré à certains tribunaux l'idée d'une autre restriction : quand l'accident est dû à la faute d'un préposé du négociant, le quasi-délit ne revêtirait point pour celui-ci le caractère commercial. La Cour d'Orléans s'est rangée à cette opinion le 8 décembre 1883 (*Gaz. Pal.*, 84.I.928) à propos d'un accident causé par le domestique d'un commerçant ; le Tribunal de commerce de la Seine a jugé de même le 17 mai 1893 (*Ann. dr.*

(1) La solution que nous donnons est celle qu'admettent les tribunaux et les auteurs. Ceux-ci n'ont jamais fait de restriction quant aux accidents corporels. Quant aux tribunaux, à part la décision que nous venons de critiquer et sans doute quelques autres qu'on pourrait citer dans le même sens, ils proclament journellement la compétence du tribunal de commerce pour connaître d'accidents corporels. Voir notamment en ce sens la jurisprudence qui sera mentionnée plus loin concernant les accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail.

com., 1893, p. 111) à propos d'un accident causé à l'ouvrier d'un commerçant par un autre ouvrier. Ces décisions ne sauraient être approuvées. Si elles se fondaient sur une idée juste, elles devraient cependant être corrigées par l'article 634-1^o du Code de commerce qui permet de traduire devant le tribunal de commerce le préposé coupable (1), si du moins les fonctions qu'il remplit permettent de le considérer comme « un facteur, un commis ou un serviteur ». Mais à bien analyser le jeu des responsabilités, l'idée qui a provoqué ces décisions est fautive : la responsabilité du patron ne dérive point de celle de son subordonné coupable. Les deux responsabilités naissent de sources différentes. L'auteur du dommage est responsable à raison de la faute par laquelle il a occasionné l'accident ; le patron ne saurait être responsable à raison de cette faute puisque ce n'est pas lui qui l'a commise. Mais il est coupable d'avoir ordonné à son subalterne une besogne dangereuse pour les tiers, ou de l'avoir mal surveillé, ou même simplement d'avoir donné sa confiance à un homme qui à raison de sa maladresse ne la méritait pas. Si la responsabilité du patron est liée au fait dommageable, c'est simplement parce qu'en droit positif il n'y a point de responsabilité sans dommage ; le dommage est l'occasion seulement de la responsabilité qui virtuellement existe avant même que l'accident ne survienne. Ainsi la responsabilité du patron et celle de son subordonné peuvent très bien revêtir des caractères différents (2).

(1) L'article 634-1^o fonde la compétence du tribunal de commerce non seulement pour les actions des patrons commerçants contre leurs employés, mais aussi pour les actions des tiers contre ces mêmes employés. Req., 3 mai 1892, D. P. 94.1.102.

(2) A part les décisions que nous venons de critiquer la jurisprudence

Il n'y a donc pas à faire en cette matière des quasi-délits, de restrictions générales à la théorie de l'accessoire ; nous n'aurons à faire que certaines restrictions spéciales en passant en revue, comme nous allons le faire, les cas intéressants.

Les accidents de toutes sortes qui sont causés par les voitures et véhicules quelconques que les commerçants emploient à leurs transports sont une des espèces les plus importantes de quasi-délits commerciaux. Nul doute que les opérations matérielles de transports ne soient ordonnées par les commerçants en vue de leur commerce, nul doute par conséquent que les dommages qui peuvent en résulter pour les tiers ne soient des quasi-délits commerciaux. En nous bornant à consulter la jurisprudence de ces dernières années (1), nous constatons une juste consécration de ces idées à propos d'accidents ayant blessé des personnes (Paris, 7 mars 1892, D. P. 92.II.340), ayant causé des dégâts à des étalages ou à des devantures de boutique (Paris, 29 mai 1888, D. P. 89.II.76), ayant atteint des voitures en circulation (Toulouse, 24 mai 1888, D. P. 89.II.162 ; Cass., 11 décembre 1895 et 20 mai 1896, D. P.

ne fait aucune difficulté pour reconnaître que le patron est tenu commercialement, quoique la faute de son subordonné soit purement civile. Nous allons avoir l'occasion de mentionner un très grand nombre de décisions qualifiant de commerciaux des quasi-délits qui ne consistent que dans la responsabilité engendrée par la faute d'un préposé. Mais voir une réfutation spéciale de l'erreur que nous venons d'exposer dans deux arrêts de Paris des 6 et 19 juin 1894, D. P. 95.II.7.

(1) En toute cette matière des quasi-délits commerciaux, la jurisprudence est tellement abondante que sauf exception nous nous bornerons pour toutes les questions à citer les décisions les plus récentes. D'ailleurs au chapitre III, section 1, nous plaçant au point de vue historique, nous avons mentionné les décisions plus anciennes concernant les questions fondamentales.

96.I.263 et V. 134 ; Douai, 21 décembre 1896, *Gaz. Pal.*, 6 avril 1897) (1). Les entrepreneurs de transports sont plus particulièrement exposés à commettre les quasi-délits de ce genre ; et à ce propos il faut observer que les accidents causés par les trains de chemin de fer constituent à l'égard des compagnies des quasi-délits commerciaux. Toutefois, si les accidents frappent non pas des tiers mais les personnes ou les marchandises transportées (et ceci s'applique non seulement aux compagnies de chemin de fer mais à tous les entrepreneurs de transports) ils ne constituent point des quasi-délits commerciaux ; ils sont alors en effet l'inexécution ou la mauvaise exécution de l'obligation de transport et engendrent une responsabilité contractuelle.

Les dégâts que peuvent causer les bateaux employés aux transports par fleuves, rivières et canaux, et particulièrement les abordages, sont aussi des quasi-délits commerciaux en vertu de la théorie de l'accessoire (Cass., 24 août 1863, S. 63.I.497) (2). Si nous laissons à part les abordages maritimes, c'est que l'article 633 § 2 classant parmi les actes de commerce « toutes expéditions maritimes » a toujours empêché que leur caractère ne fût discuté.

(1) Dans les décisions que nous citons ici, et dans celles que nous citerons par la suite dans cette section 3, on trouvera assez fréquemment la consécration plus ou moins explicite de l'idée du quasi-délit intervenant entre deux commerçants ou du quasi-délit se rattachant au commerce des deux parties. Nous n'entendons donc pas en les citant les approuver en toutes leurs parties.

(2) *Contrà* : Lyon, 2 août 1855, S. 55.II.711. Mais cet arrêt et d'autres plus anciens qui sont dans le même sens n'ont plus d'autorité : ils sont motivés par une interprétation trop étroite de l'article 631-1^o et cette interprétation est depuis longtemps abandonnée (voir chap. III, section 1).

Les commerçants dont le négoce consiste dans l'exploitation d'une industrie sont spécialement exposés à la responsabilité des dommages que le travail industriel cause aux tiers. Ce travail ayant pour but unique le commerce, les dommages qui en résultent sont des quasi-délits commerciaux. Ainsi les dégâts et les gênes qui résultent pour les voisins des dégagements de fumées, de poussières, d'émanations diverses peuvent être appréciés par le tribunal de commerce (Grenoble, 21 janvier 1875, D. P. 75. II.222 ; Paris, 24 juin 1892, D. P. 92.II.480). Rien ne s'oppose à ce que cette solution ne soit étendue aux dommages provoqués par les trépidations, les ébranlements, le vacarme qu'occasionne le fonctionnement de certaines usines.

Le travail industriel ne nuit pas seulement aux tiers, bien plus souvent il entraîne des accidents dont les ouvriers qui y sont employés sont les victimes. Le caractère commercial de ces quasi-délits a été reconnu maintes fois par des arrêts d'appel et de cassation : Cass., 28 octobre 1896 (D. P. 97.I.583) ; Paris, 19 mai 1896 (*Droit* du 6 septembre 1896) ; Amiens, 1^{er} février 1896 (D. P. 96.II.384) ; Paris, 6 et 19 juin 1894 (D. P. 95.II.7) et renvois sous ces derniers arrêts (1). Mais le régime des accidents du travail se trouve aujourd'hui singulièrement modifié par la loi du 9 avril 1898. Cette loi non seulement a modifié la base de la responsabilité des patrons mais aussi dans

(1) *Contrà* : Trib. com. Marseille, 5 décembre 1889, *Journal Marseille*, 90.I.112 ; Trib. com. Seine, 17 mai 1893, *Ann. Dr. com.*, 93, p. 111. Nous avons critiqué plus haut ce second jugement basé sur cette circonstance que dans l'espèce l'accident était dû à la faute d'un autre ouvrier : le caractère civil de la responsabilité du subordonné coupable n'empêche point que celle du patron ne soit commerciale.

ses articles 15 et 16 a partagé la compétence concernant les litiges entre le juge de paix et le tribunal civil de première instance. Et cette dernière disposition doit être considérée comme absolue et comme destructive de la compétence du tribunal de commerce. Elle a été admise en remplacement d'une disposition projetée suivant laquelle les procès eussent été examinés par une juridiction arbitrale dont la compétence eût été à coup sûr exclusive de toute autre (1). D'ailleurs l'article 16 organise une procédure spéciale de conciliation devant le président du tribunal civil ; si les litiges étaient portés devant le tribunal de commerce, ou bien ce préliminaire de conciliation n'aurait pas lieu, ou bien le président du tribunal de commerce y procéderait en dehors de tout texte et par conséquent en dehors de ses attributions.

Mais la portée de la loi de 1898 appelle une observation importante. Cette loi qui forme dans son ensemble un tout indivisible ne vise point tous les accidents du travail, mais seulement ceux qu'on pourrait appeler les accidents industriels ; elle s'applique « aux accidents survenus par le fait du travail ou à l'occasion du travail aux ouvriers et employés occupés dans l'industrie du bâtiment, les usines, manufactures, chantiers, les entreprises de transport par terre et par eau, de chargement et de déchargement, les magasins publics, mines, minières, carrières et en outre dans toute exploitation ou partie d'exploitation dans lesquelles sont fabriquées ou mises en œuvre des matières explosives ou dans laquelle il est fait usage d'une machine mue par une force autre que celle de l'homme ou des animaux » (art. 1). En dehors des cas ainsi prévus, les princi-

(1) Voir dans D. P. 98.IV.77; note 4.

pes ordinaires du droit reprennent le dessus et quant au fondement de la responsabilité (art. 1382 et suiv., C. civ.) et quant à la compétence. Nous en concluons que les accidents dont peuvent être victimes les ouvriers et employés de tous les commerçants qui sont en dehors des cas énumérés par la loi de 1898, sont comme auparavant des quasi-délits commerciaux et sont de la compétence du tribunal de commerce. Ainsi un employé qui chargé des grosses besognes chez un marchand est victime d'un accident, d'un écroulement de marchandises par exemple, peut fort bien assigner devant le tribunal de commerce son patron responsable.

Les poursuites judiciaires que les commerçants sont souvent obligés d'intenter à propos de leurs affaires, se rattachent à l'exercice de leur commerce; quand elles sont injustifiées et qu'elles aboutissent à un échec, elles constituent en principe à leur charge un quasi-délit commercial. Aussi il n'y a nulle difficulté à ce que l'individu poursuivi par le commerçant devant le tribunal de commerce, introduise sur le champ une demande reconventionnelle dans laquelle il sollicite l'allocation de dommages-intérêts. Ce procédé est d'ailleurs tout à fait en usage. Mais il arrive parfois que des poursuites fondées sur une créance commerciale doivent être exercées devant le tribunal civil. Il en est ainsi notamment de toutes les saisies, voire même de la saisie-arrêt (art. 567, C. proc. civ.) et de la saisie conservatoire qu'autorise l'article 417 du Code de procédure civile (1). En pareil cas, non seulement le défendeur assigné en validation de la saisie peut demander

(1) Cass., 22 août 1882, D. P. 83.I.215; 11 novembre 1885, D. P. 86.I.68; Bordeaux, 10 février 1899, D. P. 99.II.983.

au tribunal civil avec l'annulation de la saisie l'allocation de dommages-intérêts (1), mais même il lui est difficile de se faire rendre justice sur cette question de réparation par le tribunal de commerce. La question des dommages-intérêts est en effet intimement liée à celle de la régularité de la saisie et porter la première devant le tribunal de commerce, c'est risquer d'amener celui-ci à préjuger de la seconde, chose qu'il doit éviter. Notamment, tant que le tribunal civil ne s'est pas prononcé sur la validité de la saisie, le défendeur saisi doit se garder d'assigner son adversaire devant le tribunal de commerce en paiement de frais et de dommages-intérêts, le tribunal de commerce ne pourrait pas statuer valablement. Cela a été jugé tant pour le cas de saisie-arrêt que pour le cas de saisie conservatoire : Cass., 13 mai 1884 (D. P. 85.I.24) ; Trib. civ. Seine, 28 mai 1887 (*Pand. franç.*, 90.II.9) ; Grenoble, 26 mai 1893 (D. P. 93.II.392). Mais à partir du moment où le tribunal civil a tranché le litige, s'il a annulé la saisie et si le défendeur ne lui a pas soumis sa demande de dommages-intérêts, rien ne s'oppose à ce que cette demande soit portée devant le tribunal de commerce (2). Même si la demande était portée prématurément devant le tribunal de commerce, il semble bien que celui-ci par un simple sursis à statuer éviterait toute irrégularité.

(1) La connexité qui lie la demande de dommages-intérêts à la demande en validation de saisie, permet au tribunal civil de statuer valablement sur la première comme sur la seconde.

(2) Le contraire a été jugé par la Cour de Lyon (27 avril 1871, D. P. 71.II.87) dans une espèce où il s'agissait d'une saisie mobilière qui avait porté par mégarde sur des meubles appartenant à un tiers. Mais cet arrêt est motivé par cette considération que le quasi-délit ne se rattachait point à des rapports commerciaux préexistant entre les parties. Il n'a donc plus d'autorité aujourd'hui que ce critérium n'est plus appliqué aux quasi-délits commerciaux.

Les pouvoirs du tribunal de commerce ne sont d'ailleurs paralysés que si la question des dommages-intérêts est vraiment liée à la question de validité de la saisie. Si la demande de réparation est fondée non sur le fait même de la saisie, mais sur un fait connexe qui peut être apprécié sans que la saisie elle-même soit examinée, le tribunal de commerce peut sans aucun inconvénient en connaître *de plano*. Par exemple si le saisissant accepte une consignation et ensuite refuse de donner mainlevée, le préjudice résultant de ce refus peut être estimé sans difficulté par le tribunal de commerce (Paris, 11 mars 1892, D. P. 93.II.385).

Il va sans dire que si nous parlons des poursuites judiciaires intentées par les commerçants et si nous les considérons comme l'exercice de leur commerce, nous entendons parler uniquement des poursuites à fins civiles. Les poursuites à fins pénales introduites sur la plainte ou la dénonciation d'un négociant, même à propos de délits dont il aurait été victime dans son négoce, ne sauraient être considérées comme l'accessoire de celui-ci. Elles ont pour but de protéger non ce négoce mais l'ordre social et le commerçant en les provoquant agit dans l'intérêt de la société, non dans son propre intérêt. Il est vrai qu'il peut, et alors uniquement dans son intérêt, se porter partie civile ; mais si les poursuites sont injustifiées, le préjudice subi par le prévenu résulte de la plainte ou de la dénonciation non de la demande de réparation ; le quasi-délit commis par le commerçant ne se rattache donc pas à son commerce. En ce sens : Req., 11 mai 1868 (D. P. 69.I. 368) ; Douai, 3 mai 1887 (*Jurispr. Douai*, t. 45, p. 205).

Les agences de renseignements sont particulièrement exposées à commettre un certain genre de quasi-délits

commerciaux : presque fatalement il leur arrive de temps à autre de fournir des renseignements inexacts au sujet d'un tiers sur le compte duquel on les a consultées ; quand une telle erreur est préjudiciable au tiers, celui-ci peut évidemment reprocher à l'agence un quasi-délit commis dans l'exercice de son commerce et la poursuivre en dommages-intérêts devant la juridiction consulaire. C'est le cas par exemple quand l'agence a signalé à sa clientèle comme insolvable un individu qui ne l'est pas (Civ. cass., 11 juillet 1877, D. P. 78.I.122 ; Toulouse, 11 février 1898, *Gaz. Trib.*, 7 juillet 1898). Et cette solution peut sans doute être étendue aux journaux, à ceux du moins dont l'exploitation peut être considérée comme une entreprise commerciale de publicité. Les dommages que la publication de nouvelles erronées ou d'annonces fausses peut causer, sont commis dans l'exercice du commerce et constituent à l'égard de l'administration responsable des quasi-délits commerciaux. Ces dommages peuvent constituer en même temps des délits de presse ; cela ne fait nullement obstacle à la compétence de la juridiction consulaire si du moins la victime renonce à la répression pénale et se contente des réparations civiles (En ce sens : Trib. com. Seine, 22 juillet 1895, *Annales Dr. comm.*, 96, p. 3) (1).

Les commis et employés des commerçants, grâce aux fonctions qu'ils ont à remplir, ont la facilité, quand ils sont mal surveillés, d'opérer à leur profit des détournements de fonds et de les dissimuler en faussant les écri-

(1) *Adde* : Req., 14 juin 1899, D.P.99.I.597. Il est à peine besoin de faire observer que la publication de nouvelles fausses ou dommageables peut, suivant les circonstances, constituer un délit et non un quasi-délit. Il y a donc des délits de presse commerciaux.

tures ou autrement. Ces manœuvres le plus souvent ne nuisent qu'à leurs patrons. Parfois elles nuisent aux tiers. Il est juste alors, quand un manque de surveillance peut être reproché au patron, que celui-ci soit responsable du préjudice. Et comme la faute que constitue ce manque de surveillance est commise par le patron dans l'exercice de son commerce, elle doit être considérée comme un quasi-délit commercial. De fait, dans un arrêt rendu le 30 juin 1897 (D. P. 97.I.468), la Cour de cassation a affirmé la compétence de la juridiction consulaire pour connaître d'une demande de dommages-intérêts intentée contre un négociant dont le commis avait endossé à des tiers des billets à ordre en contrefaisant la signature de son patron et avait ainsi rendu illusoire le recours des endossataires contre l'endosseur. Dans l'espèce le coupable avait été accrédité par son patron auprès des banquiers du pays et si le patron était responsable de l'abus parce qu'il avait eu tort de donner sa confiance à un homme qui ne la méritait pas, cette faute assurément avait été commise par lui dans l'exercice de son commerce.

Il ne nous est point possible de continuer cette sorte d'énumération des quasi-délits commerciaux. Nous avons indiqué et commenté les cas les plus intéressants ; il nous suffit pour terminer d'énoncer certaines espèces choisies dans la jurisprudence la plus récente. Elles montreront la variété infinie de ce groupe d'actes de commerce et amèneront du reste une dernière observation utile.

Les tribunaux dans ces dernières années ont classé parmi les quasi-délits commerciaux : l'imprudence commise par une maison de banque qui pendant un temps prolongé avait escompté les effets que lui présentait l'employé d'un négociant, les ayant revêtus de la signature

contrefaite de son patron (Lyon, 26 décembre 1893, D. P. 95.II.182) ; le fait par un garde-barrière dont la compagnie de chemins de fer était responsable, d'avoir fermé la barrière le soir sans mettre de lanterne (Trib. civ. Seine, 13 février 1899, *Gaz. Trib.*, 7 mai 1899) ; l'accident dont avait été victime un voyageur par suite de la chute d'une malle qu'un facteur transportait hors de la gare (Paris, 9 août 1894, D. P. 98.II.242) ; la blessure faite à un enfant par la chute d'une grille installée le long du mur d'un commerçant comme objet d'étalage (Trib. com. Seine, 4 avril 1895, *Ann. de dr. comm.*, 1895, p. 89) ; la blessure faite à une personne par un chien qu'un commerçant avait dressé à garder son étalage (Trib. com. Seine, 18 juin 1897, *Gaz. Trib.*, 19-20 juillet 1897).

Ce sont ces deux dernières espèces qui appellent une observation. A parler strictement, le dommage dans l'une et dans l'autre ne résultait pas d'une opération, d'un acte, mais plutôt d'un état de choses établi et durable. Le tribunal de commerce de la Seine a pourtant bien jugé en rattachant dans l'un et dans l'autre cas le dommage à l'exercice du commerce du responsable. La faute en effet dans ces espèces n'avait pas été commise au moment de l'accident, mais auparavant : au moment où la grille avait été installée et mal assujettie, au moment où le chien, forcément dangereux à raison du dressage spécial qu'il avait subi, avait été placé près de l'étalage. Et dans l'un comme dans l'autre cas, le commerçant avait agi en vue de son commerce. Du moment que la faute a été commise dans l'exercice du commerce, peu importe que le dommage se produise seulement après coup.

SECTION IV. — Application de la théorie de l'accessoire
aux quasi-contrats.

Cette section sera bien courte en comparaison de celles qui l'ont précédée. C'est que l'application de la théorie de l'accessoire aux quasi-contrats ne soulève guère que des problèmes théoriques et que ces problèmes, très analogues ou même identiques à ceux qui se posent à propos des délits et des quasi-délits commerciaux, ont été déjà examinés.

Au chapitre II section 3 nous avons étudié et résolu par l'affirmative la question de savoir si l'article 631-1° est assez large pour comprendre les contestations qui se rapportent à des obligations quasi-contractuelles.

Au chapitre IV, section 3, § 4, nous avons recherché à quelle condition un quasi-contrat peut être l'accessoire d'une exploitation commerciale et nous avons établi qu'il est pour cela nécessaire mais suffisant que le fait volontaire d'où résulte le quasi-contrat ait été accompli en vue du commerce de l'obligé.

Et si, au point de vue général, l'application de la théorie de l'accessoire aux quasi-contrats ne comporte que des difficultés théoriques, à un point de vue plus particulier, son application à la réception de l'indû et à la gestion d'affaires ne comporte que des difficultés du même genre et également tranchées au cours des précédents chapitres.

L'obligation de restituer qui dérive de la réception de l'indû peut-elle être jamais considérée comme se rattachant à une exploitation commerciale, quoiqu'elle naisse sans le consentement de celui qu'elle enchaîne ? Tel est le problème que soulève l'application de la théorie de l'accessoire à ce genre de quasi-contrat et nous l'avons résolu au

chapitre IV, section 3, § 4 par la réfutation de l'objection en laquelle il se résume.

Au cas de gestion d'affaires, l'obligation qui lie le maître peut-elle être commerciale quand l'affaire est commerciale, quoique le lien qui la rattache au commerce ait été créé non par le maître mais par un tiers : le gérant ? Tel est également le seul problème que soulève l'application de la théorie de l'accessoire à la gestion d'affaire et au même chapitre IV, section 3, § 4 nous avons dissipé les hésitations qu'il provoque.

L'utilité de la présente section n'est donc point tant d'aborder des questions nouvelles que de permettre le groupement des questions diverses que soulève l'application de la théorie de l'accessoire aux quasi-contrats et qui se trouvent exposées çà et là au cours des précédents chapitres. Cette besogne est dès à présent faite ; il ne nous reste plus qu'à placer quelques observations d'un ordre tout pratique.

La réception de l'indû commerciale est assez fréquente en affaires ; cela ne saurait étonner puisque ce quasi-contrat se forme à l'occasion de paiements et que le commerce en provoque chaque jour d'innombrables. Aussi de temps à autre les tribunaux ont-ils à se prononcer sur le caractère commercial de l'obligation engendrée par l'acceptation d'un paiement non dû ; ils n'hésitent pas d'ailleurs à proclamer ce caractère quand la prétendue créance dont l'*accipiens* a reçu à tort le paiement était censément née d'affaires commerciales (Req., 15 décembre 1856, D. P. 57. I. 170 ; Paris, 30 juillet 1870, D. P. 71. II. 16 ; Lyon, 10 juin 1874, *Le Droit*, 17 octobre 1874) (1).

(1) Voyez cependant Douai, 6 novembre 1883, *Jurisp. Douai*, t. 41,

Un cas intéressant de réception de l'indû commerciale est celui où une compagnie de chemin de fer applique pour le transport d'une marchandise un tarif plus élevé que celui qu'elle devait appliquer ; c'est évidemment dans son commerce que la compagnie reçoit l'argent auquel elle n'a pas droit et au cas de contestation, la réclamation en détaxe est certainement de la compétence du tribunal de commerce (1).

Par contre, il ne faut point considérer comme un exemple de paiement de l'indû avec caractère commercial, la distribution de dividendes fictifs qui se pratique assez souvent dans les sociétés par actions. L'obligation de restituer qui incombe aux actionnaires à la suite de cette opération (quand du moins des tiers s'en trouvent lésés) est bien de la compétence du tribunal de commerce (art. 631-2°) ; mais elle ne naît point d'un paiement indû puisqu'il n'y a pas : *indebitum per errorem solutum* (2).

En ce qui concerne la gestion d'affaires, bornons-nous à rappeler que les obligations qui en dérivent sont commerciales par relation à l'égard du maître et à l'égard du gérant respectivement quand elle a été entreprise par ce dernier à la fois dans l'intérêt du commerce du maître et dans celui du sien propre. Si cette gestion ne se rapportait qu'au commerce d'une seule des parties, celle-ci seule, qu'elle fût le maître ou qu'elle fût le gérant, serait tenue

p. 318. Cet arrêt statue sur une demande en répétition intentée contre un non-commerçant ; mais il semble dire que l'action en répétition est toujours civile.

(1) En ce sens, Thaller, *Traité, élém.*, 55-2°. Voir en outre en faveur de notre opinion sur la commercialité du paiement de l'indû en général : Appert, *op. cit.*, p. 311 ; Lyon-Caen et Renault, I, 177 ; Alauzet, *op. cit.*, 2960. *Contrà* : Orillard, *op. cit.*, 197.

(2) En ce sens : Lyon-Caen et Renault, I, p. 157, note 2.

commerciallement (1). Mais nous ne pouvons guère mentionner de jurisprudence à l'appui de ces solutions; la gestion d'affaires est un fait rare et quand elle se présente, elle satisfait rarement aux conditions que nous venons d'indiquer (2).

Il est difficile de citer d'autres quasi-contrats qui puissent, le cas échéant, devenir commerciaux par relation. Evidemment l'acceptation d'une succession et des charges qu'elle comporte, l'acceptation d'une tutelle récusable ne sauraient jamais revêtir un tel caractère. Seul le quasi-contrat de communauté se plierait à la théorie de l'accessoire dans le cas assez invraisemblable où des biens mobiliers, des marchandises par exemple, restant indivis après la liquidation d'une société commerciale, l'un des associés veillerait sans mandat à leur conservation.

Relevons pour terminer une erreur commise par la Cour de Limoges dans un arrêt rendu par elle le 3 mars 1885 (3). Dans cet arrêt, cette Cour a qualifié quasi-contrat et a déclaré commerciale l'obligation de réparation qui en découlait, le fait par un entrepreneur de travaux publics d'avoir, sans les autorisations et formalités requises, extrait des matériaux dans une propriété voisine de ses chantiers. Nous acceptons volontiers pour l'obligation le caractère commercial mais nous ne comprenons point comment l'usurpation qui en avait été la source a pu être considérée comme un quasi-contrat, comme un fait licite par conséquent. Cette usurpation constituait en réalité un délit; tout au moins un quasi-délit.

(1) En ce sens : Appert, *op. cit.*, p. 311.

(2) Voir cependant : Douai, 16 décembre 1879, *Jurisp. Douai*, t. 37, p. 284 et Cass., 5 mai 1880, S. 80.I.263.

(3) S. 85.II.150.

APPENDICE AU CHAPITRE VI

APPLICATION DE LA THÉORIE DE L'ACCESSOIRE AU COMMERCE
DE MER.

Les divers actes de commerce par relation que l'application de la théorie de l'accessoire vient de nous faire connaître ne sont point monopolisés par les négociants qui se livrent aux opérations du commerce terrestre. L'article 631-1° ne fait aucune distinction : il confie sans réserve aucune aux tribunaux de commerce la connaissance des « contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers », des contestations entre tous commerçants, par conséquent, de quelque catégorie qu'ils soient. La théorie de l'accessoire qui traduit scientifiquement ce texte ne saurait être moins large que lui : elle attribue le caractère commercial aux actes qui se rattachent au commerce de leur auteur, quel que soit ce commerce.

Donc le commerce de mer, aussi bien que les entreprises terrestres de tous genres, entraîne sous l'empire du Droit commercial tous les actes accessoires qui le complètent ; et sans même examiner de près la liste que donne l'article 633, nous savons que cette liste ne détermine point du premier au dernier tous les actes de commerce que peuvent accomplir ceux qui organisent les expéditions maritimes. Si large que soit cette liste, elle doit encore être complétée par l'indication générale des actes que désigne le principe de l'accessoire et qui sont en nombre indéfini.

Ainsi, l'article 633 ne nous dit pas que l'armateur en achetant des registres, en faisant l'acquisition d'un mobi-

lier de bureau fait acte de commerce ; nous n'hésitons point cependant à déclarer que de telles opérations sont à son égard commerciales par relation. L'article 633 ne nous dit pas que les contrats de louage de services par lesquels l'armateur s'assure la collaboration d'employés pour tenir ses livres et pour régler sa correspondance, sont pour lui des actes de commerce ; ils le sont pourtant bien certainement en vertu de la théorie de l'accessoire. L'article 633 dans sa première disposition range parmi les actes de commerce l'entreprise de construction de navires ; il ne parle pas de la construction d'un navire par économie, c'est-à-dire de la construction entreprise par l'armateur lui-même et en vue de l'usage personnel du bâtiment futur, sans l'immixtion d'aucun intermédiaire dans ce travail. Mais tous les actes juridiques qui sont la base d'une telle besogne, achats de matériaux et location de travailleurs, sont évidemment passés en vue du commerce de leur auteur ; ils satisfont donc à la règle de l'accessoire et sont commerciaux par relation.

Nous pourrions multiplier ces exemples : le mandat confié à un agréé de défendre à un procès né du commerce de mer, l'emprunt ordinaire (nous ajoutons ce qualificatif pour écarter l'idée de l'emprunt à la grosse) contracté pour subvenir aux exigences d'une entreprise maritime, l'association conclue en vue d'exploiter en commun un bâtiment ou une flotte de commerce (1), tous ces actes et tous autres répondant à notre critérium sont commerciaux par relation.

Comme les différents genres de commerce terrestres, le

(1) Civ. rej., 27 février 1877 (deux arrêts), D. P. 77.I.209 et 213 ; Civ. cass., 27 février 1883, D. P. 84.I.29.

commerce maritime engendre d'ailleurs aussi des quasi-délits commerciaux. Les obligations de dommages-intérêts qui résultent des abordages en mer ou des accidents dont les matelots sont victimes sont constatées et évaluées par les tribunaux de commerce (1). Généralement pour justifier cette solution on n'invoque point la théorie de l'accessoire. Le second alinéa de l'article 633 qui déclare commerciales « toutes expéditions maritimes » et qui par la généralité de ses termes semble englober tous les actes et tous les faits juridiques qu'entraînent les entreprises de ce genre, est allégué de préférence. Mais même si ce texte n'existait pas ou s'il ne pouvait comporter une interprétation aussi large, les quasi-délits maritimes n'en seraient pas moins commerciaux. Ne sont-ils point commis par des négociants ou par leurs préposés dans l'exercice de leur commerce ? N'avons-nous point d'ailleurs reconnu le caractère commercial de l'abordage en rivière quand le bateau abordeur est affecté à des transports commerciaux (2) et pourrions-nous qualifier autrement l'abordage maritime.

Il est d'ailleurs à remarquer que sur ce point des quasi-délits maritimes, les solutions qu'impose la théorie de l'accessoire concordent exactement avec celles que suggère cet alinéa second de l'article 633. Si en effet on admet que le mot « toutes » qui figure dans ce texte doit être entendu strictement, que par conséquent toute expédition mari-

(1) Pour les accidents de bord, voir Aix, 10 mars 1874, D. P. 77.II.44 ; Trib. civ. du Havre 17 novembre 1883, *Gaz. Pal.*, 83.II.182 (4^e partie) ; Aix, 15 mars 1888, *Rec. Marseille*, 89.I.208. Pour les abordages, voir : Caen, 2 février 1874, D. P. 77.II.44 ; Rouen, 7 août 1877, D. P. 78.II.151 ; Trib. com. du Havre, 6 mars 1894, *Pand. franç.*, 95.II.111.

(2) Voir chapitre VI, section 3 *in medio*.

time, quelle qu'elle soit, est commerciale, on admet du même coup que tout abordage ou tout accident de bord, quel que soit le navire, qu'il soit affecté aux transports ou à la navigation de plaisance, est commercial. Mais la théorie de l'accessoire mène à la même conclusion puisqu'alors tout abordage ou accident de bord est l'accessoire d'un commerce, quel que soit le navire. Si au contraire on admet que malgré les termes employés par le législateur, certaines expéditions, notamment celles de plaisance, ne relèvent que du Droit civil, on admet du même coup que les accidents qui résultent de ces expéditions ne sont point des quasi-délits commerciaux. Mais alors encore la théorie s'adapte au texte puisque les accidents qui résultent de telles expéditions maritimes ne se rattachent pas à un commerce et ne peuvent être considérés que comme des quasi-délits civils.

Cette observation suggère une question d'une portée plus générale : le point que nous venons d'examiner est-il le seul où les solutions qui découlent de la théorie de l'accessoire puissent être placées en parallèle avec celles que donne l'article 633 ? N'en est-il point d'autres au contraire où se révèle la même concordance ?

Cette question est d'ailleurs intéressante. Car si elle peut recevoir une réponse affirmative, c'est aussitôt une certaine coordination établie dans l'article 633, dans cet article que l'on considère sans doute trop facilement comme rebelle à toute synthèse : les dispositions de cet article qui concordent avec les résultats que donne la théorie de l'accessoire appliquée aux hypothèses prévues par elles peuvent être rattachées à cette théorie et les actes du commerce maritime indiqués par ces dispositions peuvent être considérés comme des actes de commerce par relation.

Une autre raison rend la question que nous posons intéressante et fait également souhaiter une réponse affirmative. A la seule lecture de l'article 633, il apparaît que les différents actes qui y sont cités ne sont point, comme ceux que mentionne l'article 632, des actes dont chacun pris à part se suffit à lui-même, dont chacun, par sa propre répétition simplement, peut être la charpente d'une exploitation distincte. On peut faire son métier d'acheter pour revendre certaines marchandises, d'exploiter une manufacture, de faire de la banque. On n'imagine pas au contraire un individu achetant un navire sinon pour l'employer à la navigation (à moins que ce ne soit pour le revendre, mais ce cas n'est pas celui que prévoit l'article 633); on n'imagine pas davantage un individu achetant des « agrés, appareils ou avitaillements », sinon pour les utiliser dans l'armement d'un navire (à moins que ce ne soit pour les revendre, mais encore ici ce cas n'est pas celui que vise l'article 633).

De tels actes, tels qu'ils sont prévus par l'article 633 ne se soutiennent pas par eux-mêmes, ils sont essentiellement dépendants, subordonnés à d'autres. Et dès lors on se plaît à penser que s'ils revêtent le caractère civil ou commercial ce n'est point par l'effet de leur propre nature, mais par l'influence des autres actes auxquels ils se rattachent et dont ils subissent l'attraction.

Mais cette idée ne peut être adoptée que si réellement, les dispositions de l'article 633 s'accordent avec elle. C'est là la seconde raison pour laquelle il est intéressant d'examiner s'il est dans l'article 633 des dispositions qui s'adaptent en tous points à la théorie de l'accessoire et quelles elles sont.

L'examen de l'article dans son détail peut seul nous fixer sur ce sujet.

L'entreprise de construction de navires, mentionnée d'abord par l'article 633, ne saurait soulever de difficultés. Par analogie avec les autres entreprises que vise l'article 632, elle doit être reconnue commerciale par elle-même. Elle forme bien d'ailleurs par sa nature une opération principale et indépendante ; elle se passe de tout soutien.

Il n'en est point de même des « achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure ». Ces achats et ventes ne peuvent être ceux qui répondent au type de l'achat pour revendre, sinon cette première disposition de l'article 633 ferait double emploi avec la première disposition de l'article 632. D'autre part, cette disposition n'est point spéciale au commerce maritime, puisqu'il y est question de navigation intérieure aussi bien que de navigation extérieure. Mais alors le législateur, dans ce premier alinéa, à peine d'une grave faute de logique, doit avoir respecté les principes qu'il a posés pour le commerce terrestre, d'où il suit que ces achats et ventes qui ne peuvent être commerciaux par eux-mêmes puisqu'ils ne répondent pas au type de l'achat pour revendre, ne peuvent être commerciaux que par relation. Ils sont commerciaux quand ils se rattachent accessoirement à l'exercice d'un commerce, à une entreprise de construction de navires par exemple ou à une expédition maritime commerciale (1).

Cette solution implique d'ailleurs que les achats d'agrès,

(1) Nous allons voir ci-dessous que les expéditions de plaisance ne sont pas commerciales. Les tribunaux tirent de là avec raison cette conséquence que l'achat d'un navire de plaisance n'est pas un acte de commerce : Cass., 23 janvier 1888, *Pand. franç.*, 88.I.178 ; Rouen, 2 avril 1890 *Journal de Marseille*, 90.II.144 ; Trib. com. de Nice, 20 décembre 1895, *Gaz. Trib.*, 8 janvier 1896. Dans le même sens : Lyon-Caen et Renault, I, 155.

apparaux ou avitaillements cités par le 3^e alinéa de notre article ne sont également commerciaux que par relation ; si l'achat d'un navire n'est commercial que parce qu'il se rattache à un commerce, comment l'achat d'un gréement le serait-il par sa propre vertu ?

Mais comment interpréter le second alinéa de l'article 633 classant parmi les actes de commerce « toutes expéditions maritimes ». Tranchons d'abord une difficulté que nous avons effleurée plus haut. Le mot « toutes » ne doit pas être entendu strictement et il est des expéditions maritimes que malgré la généralité apparente du texte, on ne peut considérer comme commerciales : ce sont celles qui ne sont guidées par aucune pensée de gain, les expéditions de plaisance (1) notamment et les expéditions militaires. Commercialité et désintéressement sont en effet deux idées qui s'excluent réciproquement d'une manière absolue.

Ce point établi, observons qu'une expédition maritime n'est point un acte juridique, mais le fait de décider et d'effectuer un voyage en mer avec un but déterminé ; transport, pêche, etc. Par suite, ce qui revêt le caractère commercial, ce n'est point l'expédition elle-même, mais les actes juridiques qui sont accomplis en vue de l'expédition. L'alinéa 2 de l'article 633 contient donc une disposition essentiellement générale et compréhensive et dès lors rien ne force à considérer comme commerciaux par eux-mêmes tous les actes dont ce texte détermine le caractère. Le législateur n'ayant point jugé à propos de les viser chacun séparément, rien ne s'oppose à ce que des

(1) En ce sens les autorités de jurisprudence et de doctrine citées à la note précédente à propos de l'achat des navires.

distinctions soient faites. Il est donc légitime d'admettre que les actes auxquels l'article 633 § 2 imprime le caractère commercial doivent ce caractère à eux-mêmes, ou au contraire l'empruntent par relation, suivant qu'ils apparaissent, dans le groupement qu'ils forment entre eux, comme principaux ou comme subordonnés. Le contrat par lequel le propriétaire d'un navire se charge d'effectuer un transport ou d'organiser des pêches ou de poser un câble sous-marin est commercial par lui-même ; il est en effet l'acte fondamental de toute l'expédition. Au contraire les quasi-délits commis au cours de l'expédition ne peuvent être commerciaux que par relation ; ils ne sont que des faits dérivés, dépendants. Nous citerions à côté des quasi-délits les achats et ventes d'agréés, les assurances, les engagements de matelots, si l'article 633, dans des dispositions qui ne font que répéter en détail ce que l'alinéa 2 dit en général, ne visait spécialement chacun de ces contrats.

Dans l'alinéa 4 auquel nous arrivons en suivant l'ordre de l'article, nous relevons comme commerciaux, par eux-mêmes l'affrètement ou nolisement et l'emprunt comme aussi le prêt à la grosse. L'affrètement ne peut être un acte de commerce par relation au point de vue du fréteur ; puisque pour celui ci il est l'acte principal, la base même de toutes ses opérations. Au point de vue de l'affréteur au contraire, on peut fort bien soutenir qu'il n'est commercial que par relation, puisque pour l'affréteur, il n'est que le moyen de réaliser une autre opération, le plus souvent un transport (1). En ce qui concerne le prêt à la grosse,

(1) La jurisprudence est en ce sens : Aix, 29 juin 1899, D. P. 99.II. 438 ; Cass., 30 juillet 1884, D. P. 85.I.193. Mais la doctrine est plutôt

aucune controverse n'est possible, la loi indiquant expressément les deux faces de l'acte, l'emprunt et le prêt, et attribuant le caractère commercial même au prêt, quoiqu'il puisse fort bien être consenti par un non-commerçant.

L'assurance et généralement les autres contrats concernant le commerce de mer cités dans la seconde partie du paragraphe 4 ne sont à notre avis commerciaux que par relation. Si nous admettons que certaines expéditions maritimes et notamment les expéditions de plaisance ne sont pas commerciales, nous admettons du même coup, le texte n'y faisant pas obstacle comme il le fait pour le prêt à la grosse, que les assurances contractées par ceux qui entreprennent ces expéditions ne sont pas commerciales. Dès lors l'assurance maritime, au point de vue de l'assuré, répond bien à l'idée de l'acte de commerce par relation : elle ne relève de la juridiction consulaire que quand elle se rattache à un commerce. Pour être logiques, nous devons la qualifier de même au point de vue de l'assureur. Nous devons aussi ne qualifier commerciaux que par relation les autres contrats concernant le commerce de mer.

Restent les deux derniers alinéas de l'article 633 visant les accords et conventions pour salaires et loyers d'équipage et les engagements de gens de mer. Mais ces actes ne soulèvent point de difficulté : le texte qui, parlant des engagements de matelots, ajoute cette restriction : « pour le service des bâtiments de commerce » et la raison qui oblige à placer rigoureusement sur le même pied les conventions pour salaires et les contrats d'engagement,

en sens contraire ; voir la note placée dans le *Recueil de Dalloz* sous cet arrêt de la Cour de cassation de 1884.

disent assez que ces actes ne sont jamais commerciaux que par relation.

Nous sommes maintenant en droit de proclamer la solution que dès le premier abord le désir de systématiser au moins en partie l'article 633, de constater un certain accord entre le droit que fonde ce texte et la réalité des choses, nous faisait souhaiter : les actes du commerce maritime comme ceux du commerce terrestre se prêtent à la distinction des actes de commerce par eux-mêmes et des actes de commerce par relation. Sans doute, en présence de l'article 633, la théorie de l'accessoire n'a point la même importance qu'en présence de l'article 631-1°, elle ne sert point à déterminer les actes puisque le législateur a pris le soin de les indiquer lui-même. Elle sert du moins à les coordonner et par là elle rend plus clair l'article 633 en même temps qu'elle accroît sa propre ampleur. Cela était utile à constater dans une étude où les considérations doctrinales ont leur place réservée à côté et même au-dessus des considérations pratiques.

Qu'on se garde bien d'ailleurs de croire qu'en écrivant l'article 633 les rédacteurs du Code ont sciemment appliqué la théorie de l'accessoire : nous savons qu'au début de notre siècle cette théorie n'existait pas. Mais en ne recherchant que l'utilité pratique les rédacteurs du Code en sont arrivés aux solutions que la théorie leur aurait données si elle les eût guidés. Ce n'est point d'ailleurs l'effet du hasard puisque nous avons vu au chapitre IV, section 4, que les actes auxquels notre théorie attribue le caractère commercial parce qu'ils sont unis par un lien logique à l'entreprise commerciale, sont également unis à cette entreprise par des liens de fait, par l'influence pécuniaire qu'ils exercent et par celle qu'ils subissent.

CHAPITRE VII

DES EFFETS DE LA COMMERCIALITÉ PAR RELATION ET DU MODE DE L'ÉTABLIR EN JUSTICE.

En analysant et en vérifiant la théorie de l'accessoire comme nous l'avons fait dans les premiers chapitres de cette étude, nous avons éprouvé l'instrument à l'aide duquel on détermine les actes de commerce par relation. En appliquant la théorie de l'accessoire comme nous l'avons fait au cours du précédent chapitre, après avoir déterminé d'ailleurs au chapitre V les restrictions générales qu'elle comporte, nous avons passé en revue les principaux exemples d'actes de commerce par relation.

Nous nous proposons maintenant d'examiner à quelles règles de droit les actes de commerce par relation sont assujettis comme tels ; quels sont, en d'autres termes, les effets de leur commercialité. Cette nouvelle étude confirmera une vérité que nous avons énoncée dans notre introduction, que nous avons maintes fois rappelée depuis : à savoir que les actes de commerce par relation forment une parcelle secondaire du champ d'application du droit commercial. Elle tendra à grouper les divers traits par lesquels le régime commercial différencie les actes de commerce par relation des actes civils, tout en nous permettant de noter également, s'il y a lieu, les règles qui s'appliquant aux actes de commerce par eux-mêmes ne s'appliquent pas aux actes de commerce par relation et vice versa.

D'ailleurs pour que la commercialité par relation produise ses effets sur un acte déterminé, il faut évidemment qu'elle soit reconnue en cet acte. Cette condition pour toute pratique qu'elle est n'en est pas moins indispensable. Il sera donc intéressant d'examiner ensuite de quelle manière on fait constater en justice qu'un acte est commercial par relation. Nous ferons cet examen dans la section seconde du présent chapitre ; la première sera consacrée à l'étude des effets de la commercialité par relation.

SECTION I. — Effets de la commercialité par relation.

Ces effets sont en principe les mêmes que ceux de la commercialité absolue.

Au point de vue de la compétence en effet, l'article 631 ne fait aucune distinction entre les actes de commerce par eux-mêmes et les actes de commerce par relation : il soumet les uns et les autres à la fois à la juridiction consulaire. Et il est juste de penser qu'à tous autres points de vue la même analogie existe. Si la commercialité par relation est assez puissante pour créer la compétence de la juridiction consulaire, ce qui est en somme l'effet le plus considérable qu'elle puisse produire, *à fortiori* doit-elle assujettir les actes qu'elle embrasse aux autres règles que subissent les actes de commerce par eux-mêmes et qui d'ailleurs, en partie au moins, dérivent de cette règle fondamentale de la compétence.

Nous guidant sur ce principe, nous ne pouvons songer à décrire le régime qui s'applique aux actes de commerce par relation autrement qu'en leur étendant, sauf les restrictions qu'il y aura lieu de faire, sauf aussi les particu-

larités qui seront à noter, les règles qui séparent les actes de commerce par eux-mêmes des actes civils. Cette méthode présentera le double avantage de mettre en relief l'étroite parenté qui unit les deux genres d'actes de commerce et de fournir à nos recherches une direction toute tracée ; chacune des règles qui distinguent les actes de commerce par eux-mêmes des actes civils nous suggérera une question distincte : celle de savoir comment cette règle s'applique aux actes de commerce par relation.

C'est ainsi que nous sommes amené à étudier les actes de commerce par relation aux points de vue de la compétence, de la preuve, de la capacité de l'agent, de la qualité de commerçant, du taux de l'intérêt, du crime de faux, de l'enregistrement et de la contrainte par corps. Ces divers points de vue sont ceux auxquels les actes de commerce par eux-mêmes diffèrent ou ont différé des actes civils.

§ 1. — Compétence.

En vertu de l'article 631, nous venons de le dire, les actes de commerce par relation comme les actes de commerce par eux-mêmes relèvent de la juridiction consulaire.

Nulle difficulté ne s'élève à ce sujet quand l'acte litigieux revêt le caractère commercial à l'égard des deux parties ; quand celles-ci l'ont, chacune pour leur part, accompli en vue de leur commerce respectif. Mais il arrive souvent qu'un acte présente un caractère mixte, qu'à l'égard de l'une des parties il est relatif au commerce tandis qu'à l'égard de l'autre il ne se rattache qu'à des opérations civiles. Le louage d'ouvriers et d'employés par exemple n'est jamais commercial qu'à l'égard du patron ;

à l'égard des ouvriers ou des employés il est civil. Le tribunal de commerce peut-il cependant connaître d'actes de ce genre ?

Cette question n'est point spéciale aux actes de commerce par relation ; elle se pose également pour les actes de commerce par eux-mêmes. Très souvent aussi ceux-ci sont mixtes et notamment l'achat pour revendre met fréquemment en présence du marchand qui acquiert en vue de spéculer un propriétaire qui vend les produits de son crû. Or pour les actes de commerce par eux-mêmes on n'hésite pas à attribuer aux juges consulaires le pouvoir de les apprécier même quand ils revêtent sur une face le caractère civil ; on déclare le tribunal de commerce compétent quand l'acte est commercial à l'égard du défendeur. Solution fort juste, car lorsqu'un acte est mixte et que par là son caractère sollicite à la fois deux juridictions, il serait arbitraire de trancher la question en accordant d'une manière absolue la préséance à l'une des deux juridictions et en lui supposant une certaine supériorité sur l'autre. La raison veut qu'en pareil cas les deux juridictions soient placées sur le même pied et que le conflit soit tranché en dehors de tout esprit de faveur pour l'une ou pour l'autre. La difficulté pourrait être alors de trouver un motif permettant de se décider dans un sens ou dans l'autre ; mais la bienveillance légitime qu'on accorde au défendeur suffit pour rompre l'équilibre en sa faveur et pour faire préférer la juridiction désignée par le caractère que revêt l'acte à son égard : *Actor sequitur forum rei*.

Cette règle sage doit être étendue aux actes qui ne sont commerciaux par relation que par un côté ; le raisonnement que nous venons de faire s'applique en effet tout aussi bien à eux qu'aux actes de commerce par eux-mêmes.

On peut tout au plus à ce sujet soulever une objection que suggère l'article 634-1°. « Les tribunaux de commerce connaîtront, dit ce texte : 1° des contestations relatives aux engagements et transactions *entre* négociants, marchands et banquiers. » En s'exprimant ainsi le législateur n'a-t-il point voulu montrer qu'il subordonnait la compétence des juges consulaires à ce que l'acte fût commercial à l'égard des deux parties ?

Cette difficulté ne saurait nous arrêter ; nous l'avons tranchée d'avance. Au chapitre II, en examinant si les textes du Code de commerce fondent à côté des actes de commerce par eux-mêmes une catégorie secondaire d'actes de commerce et sur quels éléments ils la fondent, nous avons été amené au cours de la section IV à donner notre opinion sur l'importance qu'il convient d'attribuer à l'expression « entre négociants, marchands et banquiers ». Et dans cette circonstance où il s'agissait de déterminer plus que les conditions de la compétence, puisqu'il s'agissait de la question plus large de la commercialité (le texte à interpréter était le même parce que dans notre Code de commerce ce sont les dispositions sur la compétence qui déterminent implicitement les actes de commerce), en cette circonstance donc nous avons admis qu'il ne faut attacher aucune importance au mot « entre » employé par les rédacteurs du Code et que le texte n'implique nullement qu'il faille considérer les actes sous leurs deux faces. C'est naturellement la même interprétation que nous adoptons ici, sans du reste que nous ayons à revenir sur les raisons qui nous l'ont fait préférer. La rédaction de l'article 634-1° n'oblige pas les juges à considérer le caractère des actes à l'égard des deux parties ; nous avons donc toute liberté pour admettre que le caractère de l'acte au

seul point de vue du défendeur doit servir de critérium.

Les tribunaux appliquent d'ailleurs la règle : *actor sequitur forum rei*, aussi bien aux actes de commerce par relation qu'aux actes de commerce par eux-mêmes (1). Pour ceux-là comme pour ceux-ci cependant ils ne lui donnent point toute la rigueur désirable. Ils admettent bien que le caractère commercial de l'acte litigieux à l'égard du défendeur seul suffit pour créer la compétence du tribunal consulaire ; mais ils soutiennent en même temps que la compétence du tribunal civil n'est pas détruite et en conséquence ils laissent au demandeur au regard de qui l'acte est civil, le choix libre entre l'une ou l'autre des deux juridictions (2).

Ce système est peu raisonnable. Quand l'acte est civil à l'égard du défendeur, la compétence du tribunal civil est imposée d'une façon absolue ; le demandeur qui lui peut avoir agi commercialement n'a pas le droit de se réclamer de la juridiction consulaire ; la règle *actor sequitur forum rei* est alors interprétée et appliquée rigoureusement. Pourquoi se relâche-t-on de cette rigueur quand le caractère commercial du litige apparaît non du côté du demandeur, mais du côté du défendeur ? On dit qu'au cas où le défendeur seul a agi commercialement, imposer sans réserve au

(1) Cela ressort clairement de la jurisprudence que nous allons citer en parlant du droit d'option entre la juridiction civile et la juridiction consulaire, laissé au demandeur pour qui l'acte est civil.

(2) Ce système est proclamé en termes généraux dans les deux arrêts suivants : Req., 21 juillet 1873, D. P. 74.I.264 ; Req., 30 juillet 1884, D. P. 85.I.193. Il est appliqué aux actes de commerce par relation dans les arrêts suivants : Civ. rej., 28 octobre 1896, D. P. 97.I.583 (quasi-délits) ; Limoges, 3 mars 1885, S. 85.II.150 (quasi-contrat) ; Orléans, 9 mars 1869, D. P. 69.II.55 ; Angers, 3 juin 1875, D. P. 76.II.166 ; Nîmes, 21 février 1893, D. P. 93.II.439 ; Cass., 5 février 1896, D. P. 96.I.578 ; Req., 30 novembre 1897, *Gaz. Trib.*, 4 février 1898 (contrats).

demandeur la compétence des juges-consuls serait le contraindre à accepter l'autorité d'une juridiction qui n'est pas la sienne. Mais si, au cas où c'est le demandeur seul qui a agi commercialement, on ne retourne pas l'argument pour permettre au demandeur l'option entre le tribunal civil et le tribunal de commerce, c'est qu'au fond on attribue au tribunal civil plénitude de juridiction ; c'est qu'au fond, on reconnaît à ce tribunal le pouvoir d'apprécier valablement des points de droit commercial, que les intéressés y consentent ou non, tandis qu'on refuse au tribunal de commerce le pouvoir d'appliquer le droit civil, sauf quand l'intéressé y consent. En un mot, le système suivi par la jurisprudence place la juridiction consulaire dans une situation d'infériorité vis-à-vis de la juridiction civile et cette conséquence suffit à le condamner.

Il est d'ailleurs repoussé par les auteurs (1); mais l'unanimité avec laquelle il est admis par les tribunaux nous force à indiquer quelques-uns des détails de son application aux actes de commerce par relation.

Pour que le demandeur placé en présence d'un défendeur qui a agi commercialement ait la faculté de le traduire néanmoins devant le tribunal civil, il faut que pour son compte personnel, il ait agi civilement. Cette condition est observée aussi bien en ce qui concerne les actes de commerce par relation qu'en ce qui concerne les actes de commerce par eux-mêmes (2). Mais du moment que le de-

(1) Voir notamment Lyon-Caen et Renault, I, 361.

(2) Voir la jurisprudence citée précédemment. Le tribunal civil de la Seine a tiré de là récemment cette conséquence que le quasi-délit subi par un négociant dans l'exercice de son négoce de la part d'un autre négociant agissant également dans l'exercice de son négoce, ne peut donner lieu à option (Trib. civ. de la Seine, 13 février 1899, *Gaz. Trib.*, 7 mai 1899).

mandeur a agi civilement, quand bien même son acte devrait le rendre, s'il était défendeur, justiciable du tribunal consulaire, il a le droit de recourir à la juridiction civile. C'est l'article 634-1°, cet article qui attribue au tribunal de commerce la connaissance des actions, même civiles, contre les facteurs, commis et serviteurs des marchands, qui rend nécessaire cette observation. Cette solution contenue dans un arrêt de la Cour d'Orléans du 9 mars 1869 (D. P. 69.II.65) (1), n'est pourtant pas imposée par le principe de l'option, puisqu'il est en pareil cas impossible au demandeur de prétendre que la juridiction consulaire n'est point la sienne : s'il était défendeur il en relèverait.

Relevons un autre détail : le droit d'option peut exister aussi bien entre le tribunal de justice de paix et le tribunal de commerce qu'entre le tribunal de première instance et les tribunaux de commerce (2). Sans doute, en un sens, le juge de paix n'a point plénitude de juridiction ; mais c'est seulement quand on compare ses pouvoirs à ceux du tribunal civil. Au contraire envisagé comme élément de la juridiction civile et mis en opposition avec la juridiction consulaire, il doit bénéficier de toutes les prérogatives qui existent ou sont censées exister au profit de celle-là vis-à-vis de celle-ci : sa compétence d'attribution n'est point détruite par la concurrence de la compétence consulaire. Par conséquent, quand un litige ne dépassant point par son importance les limites de la compétence du juge

(1) *Adde*, dans le même sens : Cass., 22 février 1859, D. P. 59.I. 268 ; trib. paix XX^e arrond. Paris, 31 août 1897, *Gaz. Trib.*, 29 octobre 1897.

(2) Un arrêt de cassation du 23 mai 1882 (D. P. 83.I.289) a semblé dire le contraire, du moins d'après l'interprétation qui en est donnée au supplém. au *Répert.* de Dalloz, v^o *Compétence civ. des juges de paix*, 70 et 71.

de paix ne sollicite l'intervention du tribunal de commerce que par son caractère au point de vue du défendeur, le demandeur qui lui n'a agi que civilement conserve la faculté de saisir à son gré le juge de paix ou les juges consulaires. Les ouvriers des négociants se prévalent souvent de ce droit (Cass., 5 février 1896, D. P. 96.I.578 ; Cass., 30 novembre 1897, *Gaz. Trib.*, 4 février 1898).

Sans insister davantage sur cette faculté d'option dont nous avons dit tout ce qui intéresse notre sujet, envisageons maintenant, en tant qu'elle concerne les actes de commerce par relation, une autre particularité de la compétence consulaire, celle qui résulte de l'article 420 du Code de procédure civile.

Aux termes de l'article 59 de ce même Code, en matière personnelle le demandeur est tenu d'assigner le défendeur devant le tribunal du domicile de ce dernier. Cette règle qui s'applique d'une manière absolue aux litiges civils, subit en ce qui concerne les litiges commerciaux une importante modification. L'article 420 en effet, placé sous le titre « de la procédure devant les tribunaux de commerce » laisse le demandeur libre de saisir soit le tribunal du domicile du défendeur, soit celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée, soit enfin celui dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué.

A la simple lecture de ce texte, il serait prématuré de dire d'une manière générale que le caractère commercial d'un acte a pour effet de modifier la compétence à la fois *ratione materiæ et ratione personæ*. Les termes assez étroits de l'article 420 sont loin en effet d'indiquer un principe aussi absolu. Mais ce qui se remarque à la première lecture, c'est que, quelque portée qu'on attribue à ces ter-

mes, on ne saurait écarter du champ d'application de l'article les actes de commerce par relation en tant que tels. L'article 420 en effet, est placé sous un titre *Procédure devant les tribunaux de commerce* qui indique une série de dispositions applicables à tous les cas de compétence consulaire ; l'article lui-même ne contient aucune allusion au fondement de la compétence et on ne peut par suite l'appliquer ou ne pas l'appliquer suivant les variations de ce fondement.

C'est à un point de vue tout différent que les termes de l'article 420 paraissent restrictifs. Son paragraphe 2 parlant de *marchandise livrée* semble bien de prime abord ne viser que la vente, et il domine le paragraphe 3 qui, à peine d'incohérence, ne peut être plus large que lui. Mais dès lors indirectement, cet article perd à l'égard des actes de commerce par relation une bonne part de son intérêt ; car parmi ces actes, le contrat de vente n'occupe qu'une place assez modeste.

Cette portée restreinte n'est du reste qu'une apparence. En rédigeant l'article 420, il est vrai, le législateur, ses expressions le montrent, n'a songé qu'au contrat de vente. Mais ce ne saurait être là une raison d'appliquer strictement la règle posée que si les motifs qui la justifient étaient spéciaux à ce contrat. Il n'en est rien.

Si l'on cherche en effet à appuyer par une raison la dérogation que l'article 420 apporte au principe fondamental de la compétence *ratione personæ*, on n'en trouve qu'une seule qui soit satisfaisante : le législateur, pour faciliter aux commerçants le recours à la justice, a voulu laisser aux parties, ou mieux au demandeur puisque c'est lui qui dirige l'affaire, le choix de plusieurs tribunaux. Mais, d'autre part, il n'a point voulu que le défendeur fût

exposé à devoir plaider dans un lieu qui lui fût totalement étranger. Il a pensé avec raison pour le cas de vente qui seul le préoccupait, que le lieu de livraison de la marchandise et le lieu de paiement sont forcément des endroits où les parties ont toutes deux des relations d'affaires, où par suite le défendeur peut sans trop d'inconvénients venir se défendre.

Mais il est clair que si on envisage n'importe quel contrat, le lieu où il a été conclu et exécuté en ce qui peut correspondre à la livraison dans la vente, et celui où il a occasionné un paiement, ne sont étrangers ni à l'un ni à l'autre des co-contractants. Ni l'un ni l'autre de ceux-ci ne subira donc une contrainte exagérée si étant défendeur, il est forcé d'y venir plaider. Et comme pour tous les actes de commerce, et non pas seulement pour la vente commerciale, il y a le même intérêt à faciliter la solution des procès, la disposition libérale de l'article 420 doit être étendue à tous. Le législateur, en ne visant que la vente, a non point posé un principe, mais simplement indiqué une conséquence particulière d'un principe sous-entendu. C'est interpréter sainement sa volonté que de remonter de la conséquence au principe et d'appliquer celui-ci dans toute sa généralité.

Les idées que nous venons d'exposer sont du reste celles qui sont admises par la doctrine et par la jurisprudence (1).

(1) Orillard, *op. cit.*, 614 ; Demangeat sur Bravard, VI, p. 452 ; Boistel, *Précis*, 1470 ; Lyon-Caen et Renault, I, 392 ; Glasson, note dans D. P. 92.II.249, n° 4. — Req., 29 janvier 1883, D. P. 83.I.314 ; Cass., 8 janvier 1884, D. P. 84.I.110 ; Req., 1^{er} décembre 1884, D. P. 85.I.195 ; Req., 21 février 1887, D. P. 88.I.39 ; 6 mai 1891, D. P. 92.II.487 ; 9 mai 1894, D. P. 95.I.13 (Nous ne citons, on le voit, que les arrêts de la Cour de cassation). — *Contrà*, cependant : Req., 18 février 1862, D. P. 62.I.227 ; Lyon, 28 février et 15 juin 1882, D. P. 83.II.99 et 100 ; 10 août 1883, D. P. 84.II.204 ; Orléans, 27 mars 1885, D. P. 87.II.27 ; Lyon, 12 avril 1892, D. P. 93.II.324.

Il ne faut rien exagérer cependant ; trop étendre l'article 420 serait le violer et c'est ce que l'on ferait si on l'appliquait aux actes de commerce autres que les contrats (1). Les délits, les quasi-délits, les quasi-contrats ne remplissent point la condition posée par le paragraphe 2 du lieu où la promesse a été faite, puisqu'ils consistent dans des faits non dans des conventions. Le lieu où l'obligation est née, où le délit a été commis, par exemple, ne peut point d'ailleurs être assimilé au lieu de la promesse ; car le fait qu'un engagement délictuel ou quasi-contractuel a pris naissance dans tel ou tel endroit, ne prouve pas que le créancier ou le débiteur ont avec cet endroit des attaches sérieuses ; ce fait n'est qu'une coïncidence tout accidentelle. Quant au paragraphe 3 de l'article 20, nous l'avons dit déjà, il ne peut, à peine d'incohérence, que suivre le paragraphe 2 ; il n'y a pas intérêt du reste à l'appliquer aux engagements qui se forment sans convention ; puisque pour ceux-ci le lieu de paiement est toujours celui du domicile du débiteur.

En posant cette limite à l'extension de l'article 420, nous suivons encore l'opinion admise par la doctrine et par la jurisprudence (2).

Étant admis d'une part que l'article 420 doit être appli-

(1). Un arrêt de la Cour de Poitiers dit à tort en ce sens que l'article 420 est applicable à toute contestation commerciale : Poitiers, 21 janvier 1891, D. P. 92.II.249.

(2) Lyon-Caen et Renault, I, 395 ; Garçonnet, *Procéd. civile*, I, p. 733 ; Glasson, note dans D. P. 92.II.249, note 4 ; Bordeaux, 19 août 1879, S. 80.II.252 ; 31 janvier 1882, S. 82.II.116 ; Cass., 5 mai 1880, S. 80.II.263 ; Douai, 4 mai 1897, D. P. 98.II.312. (On peut voir, en lisant ces arrêts, que les Cours qui les ont rendus ont qualifié fautes délictuelles des faits qui semblent être plutôt fautes contractuelles ; nous n'entendons nullement les approuver sur ce point.)

qué aux actes de commerce par relation comme aux actes de commerce par eux-mêmes, d'autre part qu'il doit être appliqué à toutes les conventions commerciales, les tribunaux l'appliquent fréquemment au louage de services, au mandat, à l'emprunt (1). Naturellement ils l'appliquent aussi à la vente, même lorsqu'elle n'est commerciale que par relation (2).

Cela ne va point toujours sans difficulté, car, en étendant l'article 420 par voie d'analogie, il faut suivre l'analogie dans le détail de ses dispositions et déterminer notamment dans chaque genre de contrat ce qui correspond à la livraison de la marchandise.

Quand le contrat comporte soit dans les éléments de sa formation, soit dans l'exécution des obligations qui naissent de lui, la prestation d'un service ou d'une chose, c'est évidemment cette prestation qui correspond par analogie à la livraison de la marchandise. Les tribunaux suivent cette règle pour les actes de commerce par eux-mêmes ; ils reconnaissent que dans le contrat de transport la mise du matériel à la disposition de l'expéditeur cor-

(1) Application au louage de services : Req., 21 février 1887, D. P. 88.I.39 ; Orléans, 21 février 1889, D. P. 90.II.164 ; Req., 6 mai 1891, D. P. 92.I.487 ; 9 mai 1894, D. P. 95.I.13 ; Alger, 2 mars 1896, D. P. 98.I.478 (sous Cass.). *Contrà* : Lyon, 12 avril 1892, D. P. 93.II.324. Application à l'engagement de matelots qui n'est qu'une forme du louage de services : Cass., 8 février 1884, D. P. 84.I.110. Application au mandat : Req., 3 janvier 1870, D. P. 72.I.252 ; Dijon, 11 décembre 1883, D. P. 84.II.228 ; Bordeaux, 9 août 1888, D. P. 90.II.150 ; Orléans, 21 février 1889, D. P. 90.II.164. *Contrà* : Lyon, 28 février et 15 juin 1882, D. P. 83.II.99 et 100 ; 10 août 1883, D. P. 84.II.204 ; Orléans, 27 mars 1885, D. P. 87.II.27 (ces arrêts reposent sur l'interprétation étroite de l'art. 420). Application à l'emprunt commercial : Douai, 28 mai 1877, *Jurispr. Douai*, t. 35, p. 281.

(2) Req., 29 janvier 1883, D. P. 83.I.314 (cession d'un fonds de commerce).

respond à la livraison (Pau, 2 mars 1895, D. P. 95.II.383) ; que dans la négociation d'une lettre de change, la remise de la lettre correspond également à la livraison (Req., 26 janv. 1898, D. P. 98.I.175) ; que dans le contrat par lequel une agence de renseignements promet ses services, la remise du carnet de renseignements y correspond aussi (Req., 24 octobre 1892, D. P. 92.I.615).

Le même système de comparaison doit être suivi et est suivi en fait dans beaucoup de cas en ce qui concerne les actes de commerce par relation. Dans le mandat et dans le louage de services, le lieu où est accompli l'acte de représentation, celui où les services sont fournis correspondent au lieu de livraison (1) ; par contre le lieu où sont payables les honoraires ou le salaire est le lieu de paiement (2). Dans le louage de choses, le lieu où la chose est fournie correspond au lieu de livraison ; au cas de bail commercial d'immeuble cela permet de plaider devant le tribunal de la situation de l'immeuble. La négociation d'effets de commerce quelconques ne peut être décomposée autrement que la négociation d'une lettre de change (voir plus haut).

En ce qui concerne le gage, le dépôt, le prêt, il nous semble juste d'assimiler le lieu de la remise au lieu de livraison et cela même quand la chose engagée, déposée ou prêtée consiste en une somme d'argent. Cette remise, même alors, présente encore une certaine analogie avec la livraison de la marchandise, tandis qu'elle n'en présente

(1) Dijon, 11 décembre 1883, D. P. 84.II.228 ; Bordeaux, 9 août 1888, D. P. 90.II.150 ; Req., 6 mai 1891, D. P. 92.I.487 ; 9 mai 1894, D. P. 95.I.13.

(2) Dijon, 11 décembre 1883 précité ; Req., 21 février 1887, D. P. 88.I.39 ; Orléans, 21 février 1889, D. P. 90.II.164.

aucune avec le paiement qui suppose une dette à éteindre

Dans le cautionnement, nous ne saurions désigner aucun élément présentant une ressemblance même vague avec la livraison de la marchandise ; mais il y a un paiement éventuel à faire et la caution peut avoir accepté de payer en un lieu autre que celui de son domicile. En pareil cas le paragraphe 3 de l'article 420 trouve, à défaut du paragraphe 2, à s'appliquer.

Le contrat d'assurance peut soulever une difficulté. Dans ce contrat les prestations des deux parties consistent en des sommes d'argent ; quelle est celle des deux prestations qui, correspondant à la livraison de la marchandise, doit être effectuée dans le lieu même où le contrat a été conclu, pour que le tribunal de commerce dont la juridiction territoriale s'étend sur ce lieu, soit compétent ? Nous pensons que c'est le paiement de l'indemnité d'assurance qui correspond à la livraison de la marchandise, et que c'est le versement des primes qui doit être considéré comme le paiement. A analyser les choses à fond en effet, l'obligation de l'assureur et celle de l'assuré ne portent point à titre égal sur de l'argent. L'obligation de l'assureur est avant tout une obligation de faire ; l'assureur prend les risques à sa charge et promet de réparer les dommages qui pourront résulter de la réalisation de ces risques. C'est seulement secondairement que la dette de l'assureur devient une dette d'argent, parce que le meilleur mode de réparer les dommages du sinistre consiste à fournir à l'assuré les sommes qui lui sont nécessaires pour effectuer lui-même cette réparation. Au point de vue rationnel par conséquent, dans le contrat d'assurance, l'une des deux prestations, celle que fournit l'assureur, consiste dans un service ; c'est celle-là qui, relativement à l'appli-

cation de l'article 420, doit être assimilée à la livraison de la marchandise. Le versement des primes au contraire est un véritable paiement.

Les tribunaux le jugent ainsi du reste (1).

Que dire du compte courant ? Comment lui appliquer l'article 420 ? A notre avis, l'essence de cette convention étant d'enlever à chacune des opérations qu'elle englobe sa physionomie propre, pour lui imprimer en échange le caractère vague d'une remise de valeur, on ne peut opposer dans le compte courant un élément qui corresponde à la livraison de la marchandise et un autre qui corresponde au paiement. Il est donc impossible de songer à appliquer l'article 420 § 2. Mais on peut fort bien appliquer l'article 420 § 3 ; le paiement du solde présente une grande analogie avec le paiement dans la vente. Dès lors, si les parties ont convenu que le solde serait payé en un lieu autre que celui du domicile du débiteur éventuel, l'action peut être portée devant le tribunal de ce lieu. Si aucune convention de ce genre n'est intervenue, le demandeur a le choix entre son tribunal et celui du défendeur, car son domicile comme celui du défendeur était éventuellement le lieu où le paiement devait être effectué, suivant le résultat de la balance du compte.

Il faut noter du reste que si la discussion porte non pas sur l'ensemble du compte mais sur un article, le différend peut fort bien suivant les circonstances ne pas être relatif à l'article considéré comme tel, mais à l'opération que

(1) Req., 20 mai 1873, D. P. 75.I.469 ; 25 juin 1878, D. P. 79.I.242 ; 1^{er} décembre 1884, D. P. 85.I.195 ; Orléans, 2 février 1889, D. P. 90.II.165. Ces arrêts ont été rendus sur des actions intentées par les assurés contre les assureurs, relatives par conséquent à des actes qui étaient commerciaux par eux-mêmes. Cela ne leur enlève rien de leur autorité au point de vue qui nous intéresse ici.

retrace cet article. C'est alors d'après les éléments mêmes de cette opération considérée avec son caractère juridique primitif, qu'il faut appliquer l'article 420 (1).

En ce qui concerne le contrat de société, lequel n'est jamais commercial que par relation, nous n'avons pas à rechercher comment ses éléments peuvent répondre par analogie aux exigences de l'article 420. En effet, en vertu de l'article 59 § 5 du Code de procédure civile, d'une manière générale, en matière de société, le défendeur doit être assigné devant le tribunal du lieu où la société est établie. Or la rédaction même de l'article 420 proposant le choix seulement entre le tribunal du lieu du domicile du défendeur et celui du lieu de la livraison ou du lieu de paiement, indique que le législateur a bien voulu modifier, en ce qui concerne les procès commerciaux, l'article 59 § 1 ; mais qu'il n'a point songé à modifier l'article 59 § 5. L'article 420 ne peut être appliqué au contrat de société.

Pour terminer l'examen de cette question de l'application de l'article 420 du Code de procédure civile aux actes de commerce par relation, notons qu'une restriction très raisonnable admise par les tribunaux en ce qui concerne les actes de commerce par eux-mêmes (2) doit être étendue aux actes de commerce par relation : si l'existence même de la promesse est contestée, on ne peut songer à appliquer l'article 420. Notons également qu'aucune dis-

(1) Sur cette question de l'application de l'article 420 au compte courant, voir l'exposé des diverses opinions au *Répertoire* de Dalloz, v° *Compét. commerc.*, n° 461.

(2) Cass., 5 juillet 1898, D. P. 98.I.432 ; Lyon, 27 février 1894, D. P. 94.II.371. Une contestation non sérieuse sur l'existence même de la convention n'empêche d'ailleurs point l'application de l'article 420. Dijon, 23 octobre 1894, D. P. 95.II.214.

inction ne doit être faite entre les parties contractantes, que ce n'est point seulement celle qui devait livrer ou payer qui peut être assignée devant le tribunal du lieu de livraison ou de paiement, mais aussi l'autre (1).

Nous ne pensons pas qu'il y ait rien de particulier à dire au sujet de l'application aux actes de commerce par relation des règles concernant la faculté de déterminer d'avance le tribunal compétent *ratione personæ* et au sujet de l'importance spéciale que l'article 420 donne à cette faculté. Aucun détail ne distingue sur ce point les actes de commerce par relation des actes de commerce par eux-mêmes.

§ 2. — Preuve.

L'article 109 du Code de commerce écarte en ce qui touche la vente commerciale, les dispositions restrictives que contient le Code civil sur la preuve des obligations. A côté de la preuve par les actes sous signatures privées, il admet la preuve par le bordereau d'un agent de change ou d'un courtier, par une facture acceptée, par la correspondance, par les livres, par le témoignage quand le tribunal juge à propos de l'admettre. Encore l'énumération qu'il contient n'est-elle pas limitative et doit-elle être complétée notamment par l'indication de la preuve par présomptions.

On est d'accord pour reconnaître que cet article 109 qui ne vise expressément que la vente commerciale doit être étendu aux autres actes de commerce. C'est en effet pour tous leurs actes, et non pas uniquement pour les ventes qu'ils concluent, que les commerçants ont besoin d'une

(1) Req., 24 octobre 1892, D. P. 92.I.615.

grande facilité de preuve ; c'est également pour tous leurs actes qu'ils ont l'habitude, très justifiée par les exigences de la pratique des affaires, d'éluder les formalités de l'écrit sous seing privé régulier ou de l'acte authentique.

Et dans cette généralisation de l'article 109 aucune distinction n'est faite entre les diverses espèces d'actes de commerce, particulièrement entre les actes de commerce par eux-mêmes et les actes de commerce par relation ; tous ceux-ci comme tous ceux-là en principe jouissent du régime de faveur établi par ce texte. Les décisions des tribunaux concordent en ce sens (1).

Mais pour les actes de commerce par relation comme pour les autres, ce n'est là qu'un principe et quelques exceptions s'imposent. Nous devons relever celles qui se rapportent à ceux-là.

En premier lieu, il nous semble difficile d'appliquer sans réserve l'article 109 à la transaction commerciale. L'article 2044 du Code civil dit que ce contrat doit être rédigé par écrit ; il ne serait pas conforme aux règles de la bonne interprétation des lois d'admettre que la disposition générale de l'article 109 suffise à écarter la disposition toute spéciale de l'article 2044. Il nous paraît plus prudent d'admettre que l'article 109, fondé sur la considération générale des exigences du commerce, peut bien tenir en échec les règles qui s'appuient sur la considération générale des exigences des affaires civiles ; mais que lui-même doit être écarté par les règles qui se justifient par

(1) Les arrêts suivants en effet appliquent l'article 109 à des actes qui ne sont commerciaux que par relation : Req., 8 mars 1880, D. P. 81.I.261 ; 30 mai 1883, D. P. 84.I.292 ; 5 mars 1894, D. P. 94.I.168 ; Cass., 3 juillet 1895, D. P. 96.I.301 ; Req., 7 janvier 1896, D. P. 96.I.518.

la nature particulière d'un acte. Or il est clair que si les rédacteurs du Code civil ont écrit l'article 2044, c'est, non pas parce qu'ils voyaient dans la transaction un acte civil, mais parce qu'ils voyaient en elle un acte dangereux et complexe dont toutes les clauses ont besoin d'être strictement spécifiées.

Nous ne croyons pas du reste que l'article 2044 du Code civil annihile en tous points, en ce qui concerne la transaction commerciale, les dispositions de l'article 109 du Code de commerce. Cet article 2044 exige simplement que la transaction soit rédigée par écrit ; il interdit donc la preuve par témoins ou par présomptions, mais il n'implique pas que l'écrit doive toujours satisfaire, s'il n'est pas authentique, aux exigences de l'article 1325 du Code civil ou à celles de l'article 1347. Ces derniers textes doivent être respectés quand la transaction a le caractère civil ; quand elle a le caractère commercial, ils sont tenus en échec par l'article 109 qui indique, à côté de l'acte sous seing privé et du commencement de preuve par écrit réguliers, certaines formes d'écrit également valables, notamment la correspondance. Nous pensons qu'une transaction commerciale peut fort bien se prouver par la correspondance échangée entre les parties (1).

(1) Dans la jurisprudence, des arrêts écartent absolument l'article 2044 tandis que d'autres l'appliquent en l'interprétant rigoureusement. Dans le premier sens : Paris, 13 juin 1894, D. P. 94.II.498 ; Trib. com. Cosne, 25 juin 1895, *Ann. dr. com.*, 1895, p. 68 ; Bordeaux, 11 juillet 1898, D. P. 99.II.149 (ce dernier arrêt est peu net). Dans le second sens : Bordeaux, 5 février 1857, S. 57.II.575 ; Bourges, 12 août 1871, S. 73.II.161 ; Bourges, 17 février 1896, *Ann. Dr. com.* 1896, p. 257 (ce dernier arrêt au fond n'a pas d'autorité dans la question ; il est en effet basé sur cette allégation que la transaction n'est jamais commerciale). En faveur de l'application rigoureuse de l'article 2044, voir également : Aubry et Rau, IV, 420 ; Laurent, *Principes de Droit civ. français*, t. 28, n° 375 ; Guillouard, *Traité des transactions*, I, 85.

Ces diverses règles doivent d'ailleurs être étendues au compromis quand il est commercial par relation. L'article 1005 du Code de procédure civile, aussi spécial que l'article 2044 du Code civil et par conséquent, résistant aussi bien que lui à l'article 109 du Code de commerce, interdit pour le compromis la preuve par témoins et par présomptions ; il semble même s'opposer également à la preuve par la correspondance ou par les autres genres d'écrits commerciaux, car il dit que le compromis pourra être fait « par procès-verbal devant les arbitres choisis, ou par acte devant notaire ou sous signature privée ». Mais vraisemblablement, si le législateur en rédigeant ce texte a visé l'acte sous seing privé régulier, c'est qu'il ne songeait qu'au compromis de caractère civil ; aucune raison ne justifierait l'interdiction d'employer en matière commerciale d'autres genres d'écrits. Et par suite, il est juste d'admettre que le compromis commercial, comme la transaction commerciale, peut se prouver par la correspondance (1).

En raisonnant d'une façon analogue en ce qui concerne le louage d'immeuble commercial, nous décidons que les restrictions posées à la preuve par témoins et par présomptions par les articles 1715 et 1716 du Code civil pour les baux non écrits, s'appliquent en matière commerciale comme en matière civile. Mais aussi nous pensons qu'en matière commerciale, un bail n'est pas non écrit par le fait seul qu'il n'a pas été rédigé en double exemplaire conformément à l'article 1325 ; la correspondance ou les mentions contenues dans les livres sont une constatation

(1) MM. Lyon-Caen et Renault, I, 519, semblent exiger une application plus rigoureuse de l'article 1005 ; dans le même sens : Bourges, 12 août 1871, S. 73.II.161.

écrite valable des baux commerciaux ; elles sont plus que de simples présomptions.

Outre les trois exceptions que nous venons d'indiquer, l'article 109 du Code de commerce en subit d'autres par le fait de dispositions contenues dans ce même Code.

Les contrats par lesquels se fondent les sociétés commerciales doivent toujours être constatées par des écrits (art. 39, C. com. ; art. 21, loi du 24 juillet 1867). Cette disposition exceptionnelle doit d'ailleurs être entendue restrictivement et par suite ne s'applique pas aux conventions d'où résultent les associations en participation.

L'engagement des capitaines et des hommes d'équipages et l'assurance maritime (nous ne citons pas le prêt à la grosse qui semble être commercial par lui-même) doivent être constatés par des écrits dont la rédaction n'est pas libre (art. 350 et 332, C. com.). On admet du reste que ce dernier texte, l'article 332, qui ne vise expressément que l'assurance maritime, doit être étendu à l'assurance terrestre (1). Mais ce point est très discutable : soumettre le contrat d'assurance, quand il est commercial, à la formalité d'un écrit, c'est poser une exception au droit commun qu'établit l'article 109, et appuyer cette exception sur l'article 332, c'est en réalité ne l'appuyer sur aucun texte : l'article 332 en effet ne parle que de l'assurance maritime et se prête d'autant moins à une généralisation qu'il fait partie du droit maritime, de ce droit si abondant en règles spéciales (2).

(1) En ce sens : Toulouse, 2 juin 1885, sous Cass., 31 mai 1886, *Pand. franç.*, 86.I.117 ; Luxembourg, 20 mai 1880, S. 84.IV.9.

(2) Cette considération se trouve singulièrement fortifiée si on observe que presque tous les actes du commerce maritime doivent être rédigés par écrit. — Aux exceptions que nous venons de mentionner, on peut

Nous terminerons par deux observations l'étude de cette question de la preuve des actes de commerce par relation.

1° L'article 109 du Code de commerce ne faisant aucune réserve au sujet des divers éléments de l'acte à prouver, les dispositions de l'article 1328 du Code civil relatives à la date, ne s'appliquent pas en matière de commerce. La date à l'égard des tiers comme à l'égard des parties, se prouve par tous moyens et cela est vrai pour les actes de commerce par relation comme pour les autres (1).

2° Quand un acte commercial par lui-même à l'égard de l'une des parties est civil à l'égard de l'autre, les moyens de preuve du Droit commercial peuvent être employés par celle-ci contre celle-là, mais non par celle-là contre celle-ci (peu importe d'ailleurs la juridiction saisie). Cette seconde règle est également vraie des actes de commerce par relation comme des actes de commerce par eux-mêmes.

§ 3. — Capacité de l'agent.

Les articles 487 du Code civil et 2 du Code de commerce permettent au mineur, moyennant certaines conditions à remplir, de se livrer au négoce; ils lui reconnaissent en pareil cas, sauf une restriction posée par l'article 6 du Code de commerce relativement à l'aliénation des immeubles, la même capacité qu'au majeur. En d'autres termes, le

d'ailleurs ajouter les effets de commerce qui, par définition, sont des écrits. Mais il ne faudrait pas y ajouter le compte courant, sous prétexte qu'il exige une comptabilité spéciale. Celle-ci en effet ne sert qu'à constater les éléments du compte, elle ne prouve pas l'existence de la convention de compte courant. Celle-ci se prouve par les moyens ordinaires, notamment par la correspondance.

(1) En ce sens : Cass., 24 avril 1869, D. P. 69.I.407 ; Nancy, 19 février 1890, D. P. 91.II.283 ; Cass., 22 novembre 1894, D.P. 94.I.77.

mineur âgé de 18 ans et émancipé, muni en outre d'une autorisation régulière et dûment publiée, est affranchi en ce qui concerne son commerce, de toutes les entraves que la loi civile met à l'accomplissement de ses actes juridiques; il peut accomplir ceux-ci, quels qu'ils soient, en toute liberté, sans aucune formalité spéciale pour aucun d'eux, pourvu qu'ils se rapportent à son commerce.

Cette règle s'applique évidemment aux actes qui ne sont commerciaux que par relation comme à ceux qui le sont par eux-mêmes; aucun motif en effet, ne saurait justifier une restriction à cet égard. Pour donner un exemple, si un mineur qui se livre au commerce après s'être soumis aux exigences de l'article 2, contracte un emprunt en vue de ses affaires commerciales, il n'a point pour cela à remplir les formalités prescrites par les articles 457 et 458 du Code civil; il s'engage par son seul consentement d'une façon irrévocable (Req., 18 décembre 1883, D. P. 84.I. 323).

Comme le mineur, la femme mariée peut sous certaines conditions se livrer au négoce; il lui suffit pour cela, aux termes des articles 4 et 5 du Code de commerce, d'obtenir de son mari l'autorisation générale de faire le commerce. Elle est dès lors dispensée d'obtenir une autorisation spéciale pour chacun des actes qui se rapportent à son exploitation; par sa seule volonté elle peut s'obliger. Cette règle, elle aussi, s'applique aux actes de commerce par relation comme aux actes de commerce par eux-mêmes. Ainsi une femme mariée commerçante peut sans autorisation spéciale de son mari donner en nantissement son fonds de commerce (Paris, 6 juin 1896, D. P. 96.II.471) (1).

(1) Nous savons qu'en vertu de l'article 91 du Code de commerce, la

Pour le mineur comme pour la femme mariée cependant, un acte qui n'est jamais commercial que par relation, peut soulever des doutes : c'est le contrat de société. L'autorisation générale de faire le commerce permet-elle au mineur, à la femme mariée de s'engager dans une société ? De sérieuses considérations pratiques font souhaiter qu'il n'en soit pas ainsi : l'association met le mineur à la merci d'un collaborateur qui peut être peu honnête ou maladroit ; en ce qui concerne la femme, elle porte une sérieuse atteinte à l'autorité maritale. Ces considérations à elles seules cependant ne sont point suffisantes ; puisque le mineur ou la femme dûment autorisés sont aptes à accomplir tous les actes de commerce, pour qu'on ne leur reconnaisse point cette aptitude à l'égard d'un acte déterminé, il faut qu'un motif de droit justifie cette exception. Mais ce motif existe. La loi en disant que pour être capables d'exercer le commerce le mineur et la femme mariée doivent être autorisés, ne dit pas que cette autorisation doit être absolument générale. Assurément donc ceux qui donnent cette autorisation peuvent la restreindre par des exceptions indiquées expressément. Non moins certainement ils peuvent la limiter tacitement et ce seul fait que l'association est chose dangereuse et qu'ils ne se sont pas expressément expliqués à cet égard, doit faire supposer qu'ils l'ont laissée en dehors de leur autorisation.

commercialité de la constitution de gage n'obéit pas exactement à la théorie de l'accessoire (V. chap. VI, section I, *Application de la théorie de l'accessoire au contrat de gage*). Mais comme la constitution de gage n'est pas pour cela commerciale par elle-même, l'arrêt que nous citons ne perd pour cela rien de son autorité. Voir d'ailleurs d'autres applications des articles 2 et 4 du Code de commerce à des actes de commerce par relation dans deux jugements du Tribunal civil de la Seine cités aux *Annales de dr. com.*, 1897, p. 110 et 244, n° 22 (Contrat d'assurance et emprunt).

Cette supposition devra être écartée seulement quand des faits clairs montreront que l'autorisation, quoique ne parlant pas d'association possible, ne comporte cependant aucune réserve (1).

Quand nous parlons de contrat de société nous n'entendons d'ailleurs que celui qui comporte un engagement en nom. Nous avons admis que l'engagement en commandite et l'anonymat, par intérêts ou par actions, n'engendrent que des obligations civiles (2). Pour ces sortes d'actes, les prescriptions du droit civil ne sont donc jamais levées.

A la situation qui est faite au mineur et à la femme mariée habilités à faire le commerce, il convient d'opposer celle qui est faite au mineur et à la femme non habilités. Mais ici il nous suffit d'observer que le mineur qui n'a point satisfait aux prescriptions de l'article 2, est, aux termes de l'article 3, incapable d'accomplir des actes de commerce. S'il en accomplit néanmoins, il ne s'oblige pas valablement, quand même les formalités exigées par le Code civil se trouveraient remplies (3). Cette règle s'applique aux actes de commerce par relation aussi bien qu'aux actes de commerce par eux-mêmes.

En ce qui concerne la femme mariée non munie d'une autorisation générale, le Code ne dit rien, mais c'est avec raison ; pour la femme mariée, tout acte qui satisfait aux exigences du Code civil satisfait du même coup à celles du

(1) En ce sens : Bravard et Demangeat, I, p.148 et 149 ; Demolombe, XI, n° 343 ; Lyon-Caen et Renault, I,230. — *Contra* : Nouguiér, I,543 ; Massé, III,95 ; Alauzet, II,384. — La jurisprudence est en notre faveur : Req., 9 novembre 1859, D. P. 60.I.87 ; Lyon, 28 juin 1866, D. P. 66. II.224.

(2) Chap. VI, section 1, *Application de la théorie de l'accessoire au contrat de société*.

(3) En ce sens : Lyon-Caen et Renault, I, 238.

Code de commerce, puisque celui-ci demande simplement l'autorisation du mari. Il n'y a donc point à l'égard de la femme mariée non habilitée de différence à faire entre les actes civils et les actes de commerce ; chaque acte est valable à condition d'avoir été spécialement autorisé.

§ 4. — Qualité de commerçant.

« Sont commerçants, dit l'article 1^{er} du Code de commerce, ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle. »

Quoique cette formule ne suggère par ses termes aucune distinction, il est clair pourtant, d'après les idées qu'elle contient, que seuls les actes de commerce par eux-mêmes peuvent par leur accomplissement répété procurer à leur auteur la qualité de commerçant. L'article exige en effet l'accomplissement d'actes de commerce à titre de profession et, par définition, les actes de commerce par relation ne sont que secondaires dans une exploitation quelle qu'elle soit ; ils n'en sont point la charpente, ils n'en sont que des éléments accessoires. On ne fait point métier d'accomplir des actes de commerce par relation puisque de tels actes à eux seuls ne procurent point de bénéfices et n'ont d'effet utile que grâce à d'autres actes de commerce dont ils sont la préparation.

Ce fait que les actes de commerce par relation ne peuvent être le fondement de la qualité de commerçant chez celui qui les accomplit, les sépare des actes de commerce par eux-mêmes. Mais cela n'a qu'un intérêt théorique ; car les actes de commerce par relation n'étant jamais que l'accompagnement d'actes de commerce par eux-mêmes et devant même leur caractère à l'influence de ceux-ci, l'hypothèse d'un individu qui n'accomplirait que des actes de

commerce par relation et dont il y aurait à se demander s'il est commerçant ou non, est irréalisable.

D'ailleurs, malgré les observations qui précèdent, les actes de commerce par relation présentent un intérêt au point de vue de l'obtention de la qualité de commerçant. S'ils ne sont jamais l'explication rationnelle de cette qualité, ils en sont souvent du moins l'indice. Lorsqu'en effet l'individu dont la qualité est discutée n'a accompli qu'un petit nombre d'actes de commerce par eux-mêmes, il est difficile de déterminer s'il les a accomplis sans idée d'ensemble, isolément, ou si au contraire il les a exécutés à titre professionnel. Mais cette seconde hypothèse est seule admissible si cet individu a préparé ses actes de commerce par eux-mêmes par un ou plusieurs actes de commerce par relation révélant une certaine intention de persévérer, ne pouvant donner de fruits qu'à condition d'être suivis de plusieurs actes de commerce par eux-mêmes. En pareille circonstance, l'intention d'exploiter apparaît clairement.

Si un individu a acheté à plusieurs reprises des denrées pour les revendre, mais qu'il n'a pris aucune disposition spéciale pour favoriser ses opérations, peut-être n'a-t-il obéi qu'à des caprices passagers ; si au contraire en même temps qu'il concluait ses achats, il a loué un magasin, acheté un matériel accessoire, il a bien révélé l'intention de se vouer au moins pendant quelque temps au négoce.

§ 5. — Taux de l'intérêt.

Aux termes des lois du 3 septembre 1807 et du 12 janvier 1886 combinées, l'intérêt conventionnel est libre « en matière de commerce », tandis « qu'en matière civile », il

est limité à un maximum de 5 0/0 ; d'autre part, l'intérêt légal est en matière de commerce de 6 0/0, tandis qu'il est en matière civile de 5 0/0 seulement.

Nous avons noté au chapitre VI, section 1, § 5, à propos de l'application de la théorie de l'accessoire au contrat de prêt, que les expressions « en matière de commerce » et « en matière civile » qui figurent dans le texte de ces deux lois ne sont point claires et qu'on peut se demander, qu'on se demande en fait, s'il est nécessaire pour que l'obligation source des intérêts soit matière de commerce, qu'elle soit commerciale à l'égard des deux parties, ou s'il suffit qu'elle le soit à l'égard du débiteur seul ou du créancier seul indifféremment.

Pas plus ici qu'en cet endroit du chapitre VI, nous n'avons à trancher cette difficulté ; son examen ne pourrait être fait que dans une étude spéciale des lois de 1807 et de 1886.

Directement, l'interprétation de ces textes ne nous intéresse que sur le point de savoir s'ils impliquent une distinction à faire entre les actes de commerce par eux-mêmes et les actes de commerce par relation. Aucune hésitation n'est permise d'ailleurs ; l'expression « en matière de commerce » est trop générale pour qu'on prétende la restreindre aux obligations qui naissent des actes de commerce par eux-mêmes. Toute obligation commerciale, de quelque manière qu'elle le soit, et en laissant de côté la question de savoir à l'égard de qui elle doit l'être, jouit du régime de faveur quant aux intérêts qu'elle peut produire.

De fait, la Cour de cassation a jugé que la dette résultant pour une compagnie de chemins de fer d'une commande de travaux faite à un entrepreneur, commande qui assurément n'était commerciale que par relation, produi-

sait intérêts à 6 0/0 (Req., 27 novembre 1871, D. P. 72.I. 92). Plusieurs fois en outre, ayant à apprécier si des prêts d'argent produisant intérêts à plus de 5 0/0 étaient usuraires, elle a en les déclarant tels, fait observer que l'emprunteur n'était pas commerçant ou que l'étant il n'avait pas emprunté pour son commerce. Cette observation fait entendre *a contrario* que l'emprunt contracté pour les besoins du commerce, — lequel n'est commercial que par relation — est bien contracté en matière de commerce au sens des lois de 1807 et de 1886 (Ch. crim., 20 janvier 1888, D. P. 88.I.329 ; Ch. crim., 9 novembre 1888, D. P. 89.I.272 ; Ch. crim., 23 juin 1893, D. P. 94.I.254 ; Req., 12 juin 1894, D. P. 94.I.473) (1).

§ 6. — Crime de faux.

L'article 147 du Code pénal punit des travaux forcés à temps le faux commis en écriture de commerce ou de banque tandis que l'article 150 du même Code punit seulement de la réclusion le faux commis en écriture privée. On peut se demander, à propos de ces deux textes, lequel des deux doit être appliqué quand l'écriture falsifiée n'a point le même caractère à l'égard du coupable et à l'égard de la victime ; on peut se demander également si les conditions d'application de l'article 147 sont remplies quand le faux est commis dans une écriture de commerce relativement à une obligation qui n'est pas commerciale, quand il est commis par exemple dans un livre de commerce mais relativement à un article civil. Ces problèmes ne nous intéressent pas assez directement pour que nous les examinions ici.

(1) *Adde* : Lyon, 3 juin 1889, D. P. 91.II.21.

Nous voulons faire observer seulement, ce qui n'est point discutable, que tout écrit ayant pour objet de constater l'existence d'une obligation commerciale est une écriture de commerce et, ce qui est non moins certain en présence de la généralité du texte, qu'il n'y a point à distinguer entre les écrits constatant des obligations commerciales par relation et des écrits constatant des obligations commerciales par elles-mêmes. Les tribunaux appliquent fort bien ce principe (1).

§ 7. — Enregistrement.

Lorsqu'on énumère les différences qui séparent les actes de commerce des actes civils, on en cite une au point de vue de l'enregistrement. En effet, l'article 22 de la loi du 11 juin 1859 décide que les marchés et traités réputés actes de commerce par les articles 632, 633 et 634, n° 1 du Code de commerce, faits ou passés sous signatures privées et donnant lieu au droit proportionnel suivant l'article 69 § 3, n° 1 et § 5, n° 1 de la loi du 22 frimaire an VII, sont dispensés provisoirement du droit proportionnel. Celui-ci n'est perçu, et encore dans une mesure restreinte seulement, que lorsqu'un jugement intervient sur ces actes ou lorsqu'un acte public est fait ou rédigé en conséquence.

(1) Il ne semble pas que les tribunaux aient jamais eu à résoudre une question qui aurait été posée devant eux à ce sujet. Mais chaque fois qu'ils ont eu à qualifier un faux commis à propos d'un acte de commerce par relation, ils n'ont pas hésité à le déclarer faux en écriture de commerce : Cr. r., 28 janvier 1868, D. P. 69.V.212 (billet à ordre falsifié) ; Cr. r., 14 février 1868, D. P. 68.I.353 (carnets de paie falsifiés par un patron) ; Cr. r., 24 juillet 1873, D. P. 76.I.94 (chèque falsifié) ; Limoges, 28 juin 1894, D. P. 95.II.533 (feuilles d'expédition par chemin de fer falsifiées par l'expéditeur).

Bien que cette loi de 1859 ne cite pas l'article 631-1°, à côté des autres articles qu'elle mentionne comme étant le fondement des actes de commerce, les actes ne commerce par relation ne doivent pas être écartés en bloc de son champ d'application. Le législateur n'avait en effet aucun motif pour faire une restriction à leur sujet ; et d'autre part en mentionnant l'article 634-1° et en visant par là le louage de services, lequel n'est jamais commercial que par relation (1), il montre clairement qu'une telle restriction n'était point dans sa pensée. Si le législateur de 1859 n'a point mentionné les actes réputés commerciaux par l'article 631-1°, c'est sans doute qu'il a pensé les viser aussi bien en citant en bloc l'article 632 dont le § 6 correspond, en apparence au moins, à l'article 631-1° (2).

Malgré tout la loi de 1859 n'a pas à l'égard des actes de commerce par relation une importance bien grande. Elle indique en effet les dispositions de la loi de frimaire qu'elle modifie : ce sont les paragraphes 3-1° et 5-1° de

(1) Mentionner l'article 634-1° est du reste un procédé assez maladroit pour viser le louage de services commercial, puisque ce texte parlant des actions contre les commis et employés, envisage le louage de services sous son aspect civil. Il est à remarquer en outre que le louage des employés n'est pas prévu par l'article 69, § 3-1° et § 5-1° de la loi de frimaire. Tout cela fait que la rédaction de cet article 22 de la loi de 1859 est assez incohérent.

(2) Sur la portée véritable de l'article 632, § 6 voir chapitre II, section 3. — La jurisprudence est en faveur de l'opinion que nous soutenons ; les tribunaux appliquent notamment sans difficulté la loi de 1859 aux marchés de travaux passés par les compagnies de chemin de fer (au regard des compagnies, ces marchés ne sont commerciaux que par relation) : Req., 12 janvier 1869, D. P. 69.I.430 ; 27 juillet 1875, D. P. 75.I.458 ; Instruct. enregist., 28 décembre 1878, D. P. 79.V.198. Jusqu'à la loi du 28 février 1872 dont nous parlerons plus loin ils l'ont appliquée également aux cessions de fonds de commerce : Req., 29 mai 1865, D. P. 69.I.430, note ; Cass., 23 mai 1870, D. P. 70.V.135-136.

l'article 69 ; or ces dispositions ne touchent que les marchés emportant transport de propriété d'objets mobiliers. La loi de 1859 ne pouvant être plus large que les dispositions qu'elle modifie, ne régit donc que ces deux genres de contrats qui, s'ils occupent une place importante dans le groupe des actes de commerce par eux-mêmes, n'occupent par contre qu'une place très restreinte dans celui des actes de commerce par relation (1).

Encore faut-il noter que les cessions de fonds de commerce, qui primitivement bénéficiaient du régime de faveur créé par cette loi de 1859, n'en jouissent plus maintenant : les articles 7 et 8 de la loi du 28 février 1872 obligent à faire enregistrer dans les trois mois les actes de cession de fonds de commerce (2).

Par contre, comme nous l'avons déjà dit, le louage de services, même quand il ne constitue pas un marché de travaux, est dispensé provisoirement du droit proportionnel. Cette solution est imposée par le renvoi que fait la loi de 1859 à l'article 634-1^o, qui se rapporte aux relations juridiques entre patrons et employés ou commis (3).

(1) Il est généralement admis que la loi de 1859 ne s'applique qu'aux marchés de travaux et aux ventes ; en ce sens : Lyon-Caen et Renault, I, 98 *in fine* ; Circulaire du Directeur général de l'Enregistrement, 28 juin 1859, D. P. 59.III.71 (cette circulaire dit que les actes unilatéraux sont exclus) ; Trib. civ. Valenciennes, 17 février 1888, D.P. 89. V.210 (la loi de 1859, dit ce jugement, ne s'applique pas au contrat commercial d'assurance).

(2) Il est intéressant de noter également que d'après la Cour de cassation, une cession entre associés de parts dans une société en nom collectif vaut partage et par suite ne peut bénéficier du régime de faveur créé par la loi de 1859. Cass., 16 avril 1872, D. P. 72.I.174.

(3) Les tribunaux et l'Administration de l'Enregistrement n'hésitent pas à appliquer la loi de 1859 au louage de services. Trib. Seine, 21 août 1869, D. P. 70.V.135 ; Solution admise par l'Enregistrement, 21 octobre

Et en même temps cette solution nous mène à observer que pour que la dispense provisoire du droit proportionnel soit acquise, il n'est pas nécessaire que le traité ou marché revête le caractère commercial à l'égard des deux parties. Il suffit qu'il le revête à l'égard de l'une ou de l'autre indistinctement. Cette règle particulièrement intéressante à l'égard du louage de services qui n'est jamais commercial que pour le patron, est vraie de tous les actes qui peuvent donner lieu à l'application de la loi de 1859 (1).

§ 8. — Contrainte par corps.

La contrainte par corps ayant été abolie en matière commerciale par la loi du 22 juillet 1863 (art. 1), c'est à titre simplement rétrospectif que nous observons qu'au temps où elle existait encore, elle s'appliquait aux dettes d'argent nées d'actes commerciaux par relation comme aux dettes nées d'actes commerciaux par eux-mêmes. Cette règle était du moins absolument certaine sous l'empire de la loi du 17 avril 1832 dont l'article 1^{er} disait : « La contrainte par corps sera prononcée, sauf les exceptions et les modifications ci-après, contre toute personne condamnée pour dette commerciale au paiement d'une somme principale de 200 francs et au-dessus. » En présence de termes aussi généraux aucune distinction ne pouvait être faite. Auparavant le Code de commerce déterminait par une nomenclature les dettes qui pouvaient être sanctionnées par la contrainte par corps ; l'analogie entre les deux

1869, D. P. 71.III.45 ; Solution admise par l'Enregistrement, 16 octobre 1885, S. 87.II.120.

(1) En ce sens : Trib. Seine, 29 novembre 1861, D. P. 62.III.16 ; Civ. rej., 5 juin 1867, D. P. 67.I.491 ; Trib. civ. Valenciennes, 18 juin 1884, D. P. 86.V.193.

groupes d'actes de commerce à ce point de vue était donc moins évidente. Cet ancien état du droit est d'ailleurs trop lointain pour que nous nous en préoccupions davantage.

SECTION II. — Comment on établit en justice la commercialité par relation. La présomption de commercialité.

Les diverses règles que nous venons de passer en revue étant des dérogations au droit commun, celui qui prétend les faire appliquer doit justifier du bien fondé de sa prétention ; il doit prouver que l'acte litigieux est commercial par relation. Faute de cette preuve, le tribunal doit tenir l'acte pour civil et le traiter comme tel à tous points de vue. Le demandeur qui a assigné le défendeur devant le tribunal de commerce, doit donc, à la première observation que lui présente son adversaire, démontrer que son assignation est régulière au point de vue de la compétence, il doit établir qu'elle se rapporte à l'exécution d'une obligation commerciale. De même le défendeur qui cité devant le tribunal civil veut se dérober à cette juridiction doit prouver que l'assignation dont il est l'objet est irrégulière au point de vue de la compétence, il doit établir qu'elle se rapporte à l'exécution d'une obligation commerciale.

Lorsque le défendeur n'est pas commerçant, la règle que nous venons d'exposer est rigoureuse ; aucune facilité n'est donnée à l'intéressé pour l'aider dans l'administration de sa preuve, il est contraint de montrer d'une façon positive que l'acte ou le fait litigieux est commercial soit par lui-même, soit par relation. Spécialement, s'il invoque la commercialité par relation, il est tenu de montrer que l'acte ou le fait est l'accessoire de l'exploitation

commerciale de l'obligé, que le contrat, le délit, le quasi-contrat a été conclu, commis ou formé en vue de cette exploitation; que le quasi-délit est survenu dans l'exercice du négoce. Mais aussi, aucune entrave n'existe; comme il s'agit de prouver un simple fait : la relation entre l'acte ou le fait et le commerce de l'obligé, tous les moyens de preuve sont admissibles; une simple présomption même suffit. La Chambre des Requêtes a jugé avec raison en ce sens qu'en stipulant la compétence du tribunal de commerce pour les difficultés pouvant naître d'une transaction qu'ils concluaient, les cocontractants avaient suffisamment indiqué que cette transaction se rapportait à un acte de commerce (Req., 4 novembre 1885, D. P. 86.I.333) (1).

Tel est le mode d'établir en justice la commercialité par relation quand l'acte se rapporte à un commerce futur ou à un acte de commerce isolé et que, par suite, l'auteur de l'acte n'est pas commerçant.

Ce mode devient très différent quand le défendeur est commerçant et que, par suite, l'acte peut être *a priori* supposé accessoire à son exploitation. Dans ce cas qui est de beaucoup le plus fréquent, entre en jeu une présomption qui facilite singulièrement l'administration de la preuve : c'est la présomption de commercialité.

Il est admis sans controverse par la doctrine et par la jurisprudence (2) que tout acte accompli par un négociant

(1) Les motifs de cet arrêt sont très précis. Ils disent nettement que le fait d'avoir stipulé la compétence du tribunal de commerce ne peut créer cette compétence puisque l'ordre des juridictions ne peut être modifié par les conventions des particuliers. Mais ils ajoutent que ce fait révèle le caractère commercial de la transaction et par suite permet au tribunal de commerce de se déclarer compétent.

(2) Voir notamment dans la jurisprudence récente les arrêts suivants dans lesquels le principe de la présomption est affirmé nettement : Cass.,

doit *à priori* être supposé accessoire à l'exploitation de ce négociant. Il suffit donc à celui des deux adversaires qui allègue la commercialité par relation, de prouver que l'autre (ou lui-même si c'est lui qui est défendeur) est commerçant, pour qu'aussitôt, au moins provisoirement, la compétence du tribunal de commerce soit justifiée.

On ne contestera pas la raison d'être de cette présomption. Le négociant agit beaucoup plus souvent en vue de ses affaires commerciales qu'en vue de ses affaires civiles. Il est donc juste en présence d'un acte accompli par un commerçant, de supposer avant tout examen que cet acte est commercial.

On pourrait plutôt contester l'existence légale de cette présomption. A première vue en effet, on ne lui trouve pour tout appui dans les textes qu'un passage de l'article 638 du Code de commerce : « Les billets souscrits par un commerçant seront censés faits pour son commerce. » Ce texte établit bien la présomption de commercialité, mais seulement pour un cas spécial : celui de billets souscrits.

A vrai dire cependant, le doute n'est point permis. L'article 638 pût-il seul être invoqué qu'il offrirait en somme une base suffisante. On ne saurait s'opposer à sa généralisation : pourquoi le commerçant serait-il censé agir commercialement plutôt lorsqu'il souscrit un billet que lorsqu'il conclut un acte quelconque ? Mais l'article 638 n'est

29 avril 1889, D. P. 90.I.49 ; 10 janvier 1894, D. P. 95.I.17 ; Cass., crim., 22 novembre 1894, D. P. 95.I.77. Nous ne citons pas d'auteurs, il faudrait les citer tous. Dans un arrêt du 7 novembre 1898 (*Gaz. Trib.*, 9-10 janvier 1899), la Cour de Paris a méconnu cependant la présomption de commercialité ; ayant à fixer le caractère d'un emprunt contracté par un commerçant elle a en effet exigé pour reconnaître le caractère commercial que l'adversaire du commerçant prouvât que celui-ci avait agi en vue de son commerce.

pas seul ; il n'est en réalité que l'application à un cas particulier d'un principe très général qui se cache sous la rédaction imparfaite de l'article 631-1°.

Celui-ci n'énonce pas expressément la présomption de commercialité. Il défère au tribunal de commerce la connaissance des « contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers » et sous-entend que la compétence ainsi créée ne s'étend pas aux actes qui sont étrangers au négoce de leur auteur.

Il ne dit pas que celui qui se réclame de la juridiction consulaire est dispensé de prouver que l'acte litigieux n'est pas étranger au commerce de son auteur.

Mais ce seul fait que la restriction contenue dans l'article 631-1° y est seulement sous-entendue, porte à croire que les rédacteurs du Code l'ont considérée comme un simple point de détail, comme une règle accessoire ne devant entrer en jeu que rarement. Les rédacteurs du Code semblent bien avoir pensé, ce qui est vrai, que les actes des commerçants sont rarement étrangers à leur négoce, que quand ils le sont c'est à titre exceptionnel. En d'autres termes, ils semblent avoir pensé, que pour les actes des commerçants la compétence du tribunal de commerce est la règle, celle du tribunal civil l'exception. Mais dès lors, conformément à un principe très raisonnable, ils ont dû estimer aussi qu'une fois la qualité de commerçant reconnue chez l'auteur de l'acte, la compétence du tribunal de commerce, compétence qui est la règle, se présume et que l'incompétence, qui serait l'exception, n'a pas besoin d'être écartée par une preuve positive.

Voilà ce que dit à l'observateur attentif la seule rédaction de l'article 631-1°. Et si elle laisse des doutes, il suffit pour dissiper ceux-ci de rappeler ce que nous a appris au

chapitre II l'examen des travaux préparatoires. Les alinéas 1 et 3 de l'article 631, nous l'avons vu alors (1), sont le fruit d'une transaction intervenue entre les partisans de la compétence réelle et ceux de la compétence personnelle. Les premiers voulaient fonder la compétence uniquement sur la nature des actes, les autres voulaient la fonder uniquement sur la qualité des personnes. Un accord intervint et il fut décidé que les tribunaux de commerce connaîtraient des actes de commerce entre toutes personnes et, en principe au moins, de tous les actes des commerçants. L'article 631-1° détermine dans cet arrangement, la part faite aux partisans de la compétence personnelle. Or est-il douteux que ceux-ci aient toujours voulu qu'à *priori* la preuve de la qualité de commerçant fût suffisante pour justifier la compétence du tribunal de commerce ? Sans doute, nous l'avons montré, ils qualifiaient mal leur système puisqu'ils admettaient que la considération de l'acte lui-même pouvait dans certains cas faire obstacle à l'intervention des juges-consuls ; sans doute ils ont fondé en réalité un système de compétence réelle (2). Mais ce fait que contrairement à la nature vraie de leur système ils ont persisté à employer une terminologie qui fait penser à une certaine influence de la qualité de la personne, ce fait prouve d'une façon certaine qu'à leurs yeux la seule qualité de commerçant chez le défendeur permet de déférer le litige au tribunal de commerce.

Ceux qui se disaient et se croyaient partisans de la compétence personnelle auraient sûrement dissipé d'eux-mêmes l'illusion dont ils se jouaient, s'ils avaient eu la pensée

(1) Voir chapitre II, sections 1 et 2.

(2) Voir chapitre II, section 4.

d'exiger qu'avec la qualité de commerçant chez le défendeur la relation de l'acte avec son commerce fût positivement reconnue.

L'article 634-1^o fonde certainement la présomption de commercialité.

D'ailleurs quoique cette présomption soit créée par le texte qui consacre en même temps l'existence des actes de commerce par relation, elle ne facilite point la preuve de ceux-ci seulement. Elle couvre aussi bien les actes qui sont commerciaux par eux-mêmes quand ils sont accomplis par des commerçants. En principe même, quand dans un cas déterminé, la compétence du tribunal de commerce n'a été justifiée que par la présomption de commercialité, on ne peut savoir si l'acte doit être considéré comme commercial par lui-même ou s'il doit être considéré comme commercial par relation. Cela n'a point d'inconvénients ; les deux catégories d'actes, nous l'avons vu dans la première section du présent chapitre, sont soumises au même régime. Il arrive assez souvent du reste qu'on se trouve en présence d'un acte qui ne pouvant correspondre à aucun des types visés par l'article 632 ne peut jamais être commercial que par relation ; si cet acte est couvert en fait par la présomption de commercialité, il doit être considéré comme commercial par relation. Ainsi l'emprunt contracté par un commerçant et comme tel présumé commercial, n'est assurément pas commercial par lui-même (1).

La présomption de commercialité présente ce caractère

(1) Nous pouvons donc citer des arrêts qui ont déterminé l'existence d'actes de commerce par relation uniquement par la présomption de commercialité. *Crim.*, 24 juillet 1873, D. P. 76.I.94 (chèque) ; Bruxelles, 12 janvier 1888, D. P. 89.II.293 (emprunt) ; Lyon, 13 mai 1891, *Ann. Droit com.*, 1891, p. 95 (achat de créances).

important de n'être point absolue (1). Puisque le tribunal de commerce ne peut connaître de la dette d'un commerçant quand elle n'est point l'accessoire de l'exploitation de celui-ci, il est clair que celui des plaideurs qui a intérêt à se soustraire à la juridiction consulaire peut prouver que dans le litige dans lequel il est impliqué la présomption de commercialité porte à faux et couvre un acte qui en réalité n'est pas commercial. La présomption de commercialité est une présomption *juris tantum* ; elle consiste à faire supposer *à priori* que le commerçant défendeur a agi pour son commerce ; elle est détruite lorsqu'il est prouvé que le commerçant défendeur n'a point agi pour son négoce. Et comme une telle preuve se réfère à un simple fait, elle peut être faite par tous moyens (Cass., 20 janvier 1885, D. P. 86.I.319).

Mais le tribunal reste libre d'apprécier si les arguments qui sont invoqués pour renverser la présomption sont suffisants. Il a été jugé par exemple avec raison qu'en constatant son engagement par un écrit à forme civile, un commerçant ne montre pas d'une façon indubitable qu'il n'agit point en vue de ses affaires ; un emprunt notarié peut fort bien être commercial (Paris, 2 mars 1860, D. P. 60. V. 78 ; Lyon, 18 février 1886, *Gaz. Pal.*, 86.I.712). La solution que donnent ces sentences ne doit pas d'ailleurs être considérée comme un principe sans exceptions.

Lorsque la présomption de commercialité se trouve

(1) Nous nous contentons de mentionner en note que la présomption de commercialité est générale et s'applique à tout commerçant quel qu'il soit, même au mineur et à la femme mariée. Les actes du mineur et de la femme mariée habilités au commerce sont donc présumés compris dans les limites de leur capacité. Req., 23 janvier 1854, D. P. 54.I.175 ; Cass., 21 mars 1857, D. P. 57.I.126 ; Req., 20 janvier 1885, D. P. 86.I.319.

renversée, la compétence du tribunal de commerce n'est point forcément détruite pour cela. Celui qui la réclame garde naturellement le droit de la justifier en prouvant d'une façon positive que son adversaire (ou lui-même si c'est lui qui est défendeur) s'est engagé par un acte ou un fait accessoire à son commerce. Mais sa tâche alors devient ardue, car il est nécessaire qu'il détruise par des arguments contraires la présomption de non-commercialité créée par l'argumentation triomphante de son adversaire. C'est une discussion à fond qui s'engage sur les deux prétentions opposées; tous les moyens de preuve sont en principe admis mais seules les raisons solides peuvent assurer le succès.

Le défendeur cité devant le tribunal civil qui se réclamerait du tribunal de commerce, alléguerait en vain que lorsqu'il a contracté il a déclaré agir pour son commerce, si son adversaire prouvait qu'en faisant une telle déclaration il a caché la vérité (1). Les paroles plus encore que l'apparence créée par la qualité de commerçant, sont impuissantes contre la réalité constatée.

(1) Paris, 4 février 1891, *Ann. Droit com.*, 91, *Jurisprud.*, p. 101.

CONCLUSION

Les diverses recherches auxquelles nous ont mené les questions que nous avons étudiées nous ont donné des éléments de connaissance suffisants pour que nous puissions aborder en dernier lieu une question qui prime toutes les autres et dont la solution, d'une portée capitale, formera la conclusion naturelle de ce travail sur les actes de commerce par relation.

Que faut-il penser de ces actes si on se place en quelque sorte au-dessus du législateur qui les a créés et que l'on prétend juger son œuvre ? Leur existence dans notre droit doit-elle être considérée comme l'effet d'une sage disposition du Code ? Est-elle au contraire une anomalie dont il faille souhaiter la disparition ? Le groupe des actes de commerce par eux-mêmes est-il utilement complété par celui des actes de commerce par relation pour la fixation du champ d'application du droit commercial ? Ne devrait-il pas plutôt exister seul ?

Cette question se pose naturellement. La nécessité ou l'utilité des actes de commerce par relation n'apparaît pas en effet au premier regard. Du moment que dans un Etat le législateur accepte et réalise l'idée de soumettre le commerce à un droit spécial, il s'oblige du même coup, à peine d'un manque absolu de logique, à placer sous l'empire de ce droit tous les actes qui répondent à la notion économique du commerce.

Ceux-ci constituent à l'égard de ce droit d'exception un

domaine naturel qui lui appartient forcément, que le plus simple bon sens défend de lui enlever. Mais quelque notion qu'on se fasse du commerce, qu'on la réduise à l'idée de circulation des biens ou à celle de spéculation par entremise sur les valeurs, assurément les actes de commerce par relation ne s'y adaptent point. Envisagés en eux-mêmes, absolument, ils ne se distinguent point des actes ordinaires, ils ne repoussent point le régime du droit commun. Placés sous l'empire du droit commercial, ils apparaissent dans l'ensemble de son domaine comme une province conquise, dont l'annexion ne peut s'expliquer que par des raisons particulières, qu'il faut rechercher.

Il n'en serait pas ainsi sans doute si la théorie de l'accessoire avait pour fondement la règle : *accessorium sequitur principale*, et si cette règle entendue au sens large qui seul permet ce rapprochement, pouvait être acceptée comme un axiome rigoureux. S'il fallait admettre que l'accessoire doit toujours se conformer au principal et si c'était là la base de la théorie à l'aide de laquelle on détermine les actes de commerce par relation, ceux-ci apparaîtraient comme l'accompagnement indispensable des actes de commerce par eux-mêmes et on ne pourrait discuter la décision du législateur qui reconnaît leur existence. Mais dans la première section du chapitre IV, nous avons établi que ce système qui est admis par certains auteurs n'est pas juste et nous avons constaté ensuite que le véritable fondement de la théorie de l'accessoire réside dans les textes. Dès lors, la reconnaissance des actes de commerce par relation ne s'impose pas rationnellement et il y a lieu de rechercher si elle est bien fondée.

Cette constatation du reste n'ébranle nullement l'œuvre des rédacteurs du Code. L'avantage du système créé par

eux se découvre sans difficulté. N'avons-nous point vu, au cours du chapitre IV, que tout acte ou tout fait qui se rattache accessoirement à une entreprise commerciale influe forcément sur elle ? qu'il la favorise ou qu'au contraire il la gêne ? Forcément donc, si les commerçants pouvant compter pour leurs actes de commerce spécifiques sur l'application du droit commercial, devaient au contraire, pour les actes simplement accessoires à leur entreprise, se plier aux strictes exigences de la loi civile, leur situation serait très fausse (1). La création et l'organisation d'un droit spécial à leur convenance seraient loin de donner les bons résultats qu'on en aurait attendus ; le commerce ne serait qu'à demi dégagé des entraves de la loi civile ; il ne jouirait point réellement de la liberté dont il a besoin. Et ce qui montre bien qu'en édictant l'article 631-1° les rédacteurs du Code étaient bien guidés par le dessein d'assurer aux commerçants la pleine jouissance des avantages de la loi commerciale, c'est qu'en toute occasion ils ont déclaré qu'ils voulaient placer les commerçants comme tels sous la juridiction consulaire ; cela même leur a fait croire qu'ils organisaient dans cet article 631-1° une compétence personnelle, tandis qu'en réalité ils créaient une compétence réelle.

Pourrait-on songer d'ailleurs aujourd'hui à revenir sur l'œuvre du législateur de 1807 alors que la plupart des législateurs étrangers, se guidant sur lui, ont admis successivement à côté du groupe fondamental formé par les

(1) D'autant plus qu'au milieu de leurs affaires les commerçants ne sauraient avoir la pensée de débrouiller les actes principaux de leur entreprise d'avec leurs actes accessoires. A leur point de vue, tous leurs actes tendent également au même but final : réaliser des bénéfices, et ils ne sauraient faire de distinction entre eux.

actes de commerce par eux-mêmes, un groupe secondaire formé par les actes de commerce par relation (1) ? Et, si on tentait de le faire, quelle perturbation ne jetterait-on point dans les idées et dans les habitudes alors qu'après un développement et un affermissement progressifs qui ont duré tout le cours du XIX^e siècle, les actes de commerce par relation et la belle théorie qui les réunit en un groupe compact ont pris leur place dans la doctrine et dans la jurisprudence ? L'adhésion unanime des jurisconsultes à

(1) Code de commerce allemand, art. 271-276 (1871); loi belge du 15 décembre 1872 révisant le Code de commerce français appliqué en Belgique, art. 2 dernier alinéa; Code de commerce hongrois, art. 258 et 259 (1875); Code de commerce italien, art. 3-7 (1883); Code de commerce espagnol, art. 2 (1885). Le Code de commerce portugais de 1888 ne contient pas de texte général sur la compétence des tribunaux de commerce, mais son livre II intitulé « Des contrats spécialement commerciaux » indique des contrats qui en France ne sont commerciaux qu'en vertu de la théorie de l'accessoire : prêt, gage, dépôt, transmission de créances commerciales, société, etc. La Grèce a adopté le Code de commerce français par décision royale du 1^{er} mai 1835. Les Codes turc et égyptien reproduisent exactement la disposition de notre article 632 § 6 : sont actes de commerce « toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ».

Il va sans dire du reste que malgré cet accord sur le principe, certaines variantes de détail se remarquent entre les systèmes des pays étrangers. En Allemagne, la théorie de l'accessoire ne s'applique *de plano* qu'aux contrats, mais la loi d'organisation judiciaire du 27 janvier 1877 (art. 101-3^e) attribue aux tribunaux de commerce la connaissance de certains faits illicites, notamment des usurpations de dessins et modèles industriels. En Belgique, les tribunaux exigent souvent une sorte de spéculation dans l'acte pour reconnaître qu'il est commercial par relation (Cass. belge, 10 octobre 1895, *Pasicrisie*, 95.I.286; Gand, 11 janvier 1896, *Pasicrisie*, 96.II.142). Leur idée sur ce point est peu claire. En Italie il est admis que la prise en location d'un immeuble en vue de l'exploitation commerciale constitue un acte de commerce (*Ann. Dr. comm.*, 1888, p. 39 et note 2 et 1887, p. 39 et note 2 et 1887, p. 50 doctrine). Les jurisconsultes italiens sont donc en avance sur ce point sur les jurisconsultes français (V. chap. VI, section 1, § 1).

l'œuvre du législateur la fortifie d'une façon singulière et la protège contre toute idée de réforme. L'article 634-1° transfiguré par la théorie de l'accessoire est devenu une des assises de notre système de commercialité ; tout le système s'écroulerait si on le retouchait en ce seul endroit.

Il faut donc considérer les actes de commerce par relation comme une institution définitivement admise dans notre droit. Sans doute leur existence restreint en plus d'un endroit la compétence des tribunaux civils (1) et cela confirme une fois du plus cette vérité que les juridictions d'exception sont envahissantes. Mais si cette extension du domaine de la juridiction consulaire ne heurte aucun principe, si elle s'opère à l'abri d'une logique rigoureuse, elle peut bien étonner tout d'abord, elle ne peut soulever aucune protestation fondée.

Le principe ainsi sauvegardé, des réformes secondaires doivent-elles être proposées ? En ce qui touche la théorie de l'accessoire elle-même, nous ne le pensons pas. Il serait difficile de l'imaginer plus simple et plus générale et nous nous contentons de souhaiter que la conception de la compétence réelle par laquelle elle tend de nos jours (2) à se parachever se répande le plus rapidement et le plus largement possible dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Et puisque la théorie de l'accessoire n'est qu'une traduction scientifique des dispositions contenues dans les textes, en approuvant complètement la théorie, nous approuvons du même coup le Code et nous écartons toute

(1) Sous réserve toutefois du droit d'option entre la juridiction civile et la juridiction consulaire, droit qui suivant les tribunaux appartient au demandeur pour qui l'acte est civil (chap. VII, section 1, § 1).

(2) Voir chapitre III, section 3, *in fine*.

idée de modification à y apporter. Ce qui ne veut point dire qu'une révision des textes au point de vue de leur rédaction serait inutile.

Nous avons reconnu en effet, particulièrement au cours de notre chapitre II, que sur plus d'un point les textes semblent dire le contraire de ce qu'ils signifient. La restriction fondamentale qu'implique l'article 631-1° en ce qui touche les actes étrangers aux affaires du commerçant qui les accomplit, y est non exprimée mais sous-entendue ; il serait bon que cette anomalie disparût.

Pour exprimer cette restriction et pour indiquer en même temps que la compétence est non point personnelle mais réelle, il faudrait dire : « Les tribunaux de commerce connaîtront des contestations relatives aux engagements et transactions se rattachant aux affaires commerciales des négociants, marchands et banquiers. » A dessein dans cette rédaction nous évitons l'expression « entre négociants » qui à tort fait croire que l'acte litigieux doit être commercial à l'égard des deux parties (1).

Il est vrai qu'alors l'article 631-1° ne se prêterait plus à servir de base législative à la présomption de commercialité. Mais cet inconvénient aurait un remède facile ; cette présomption pourrait être proclamée par un texte spécial qu'on devrait même placer en dehors de l'article 631 réservé aux dispositions concernant la compétence définitive et qu'on pourrait insérer dans l'article 638.

L'article 632 § 6, devrait lui aussi être retouché ou mieux fondu avec le paragraphe 7 du même article. On sait que ce paragraphe 6 est invoqué fort souvent comme une des bases de la théorie de l'accessoire, qu'en réalité il

(1) Voir chapitre II, section 4, *in fine*.

ne vise que le point très particulier des effets de commerce autres que la lettre de change. On constate en outre au premier regard qu'il défigure tout l'article 632 puisque d'après les articles 631 et 632 *in principio* combinés, cet article 632 énumère les actes qui sont commerciaux de la part de toutes personnes tandis que le paragraphe 6 cite des actes qui ne sont commerciaux que de la part des négociants. Le paragraphe 6 n'a pour but que d'empêcher d'assimiler à la lettre de change les autres effets de commerce ; mais ce but serait fort bien rempli si le paragraphe 7 subsistait seul, débarrassé des mots « entre toutes personnes » et complété par une indication concernant les autres effets de commerce.

Le jour où cette révision des textes pourra être faite, les dispositions du Code de commerce concernant les actes de commerce par relation, deviendront claires ; elles pourront être comprises par tout lecteur attentif, au lieu d'exiger comme aujourd'hui le secours d'un commentaire. Il faut être bien convaincu que le Code de commerce, destiné à être interprété par les juges consulaires qui ne sont point des juristes de métier, doit être plus clair que tout autre. En cette matière, c'est jusqu'à présent le contraire qui est la réalité.

Vu :

Le Président de la thèse,
E. THALLER.

Vu :

Le Doyen,
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	1
Intérêt que présente en général l'étude des actes de commerce, 1. Possibilité d'une étude spéciale des actes de commerce par relation ; intérêt particulier que présente une telle étude, 3.	
CHAPITRE PREMIER. — Notion de l'acte de commerce par relation. Exposé de la théorie de l'accessoire. . . .	7
La notion de l'acte de commerce par relation doit être cherchée d'abord dans l'enseignement de la doctrine, 7. Notions opposées de l'acte de commerce par lui-même et de l'acte de commerce par relation, 9. Observation concernant les actes de commerce par la forme, 11. Retour à la distinction des actes de commerce par eux-mêmes et des actes de commerce par relation ; opposition entre les textes correspondants, 13. Opposition entre les doctrines correspondantes, 14. Théories relatives aux actes de commerce par eux-mêmes et leur idée directrice, 14. Cette idée est complètement exclue de la théorie de l'accessoire sur laquelle on fonde les actes de commerce par relation, 17. Analyse succincte de la théorie de l'accessoire telle que l'enseigne la doctrine contemporaine, 17. Cette théorie est présentée généralement comme impliquant une compétence personnelle, mais elle se prête à la conception d'une compétence réelle, 20. Motifs de préférence en faveur de cette seconde conception, 25. Choix d'une terminologie conforme à cette conception, 26. Nécessité de vérifier la théorie de l'accessoire et de la vérifier d'abord par l'examen des textes, 27.	
CHAPITRE II. — La théorie de l'accessoire et les textes.	28

SECTION I. — <i>Les textes ne sont ni un exposé ni une application de la théorie de l'accessoire. A quelle condition ils peuvent cependant lui fournir un point d'appui</i>	28
---	----

Les textes ne peuvent contenir un exposé de la théorie de l'accessoire, 28.

Ils ne peuvent non plus en contenir une application puisqu'au moment de leur rédaction cette théorie n'existait pas, 29.

La théorie de l'accessoire s'appuie cependant légitimement sur les textes si ceux-ci fondent réellement un groupe secondaire d'actes de commerce et si elle s'adapte à ce groupe, 33.

Il y a donc lieu d'examiner si les textes relatifs à cette matière fondent un groupe d'actes de commerce et quel caractère ils lui donnent, 34.

SECTION II. — <i>Les articles 631-1° et 632 § 6 fondent-ils réellement un groupe secondaire d'actes de commerce.</i>	35
--	----

L'article 631-1° est trop absolu lorsqu'il dit sans réserve que les tribunaux de commerce doivent connaître des engagements et transactions entre négociants, 35.

Il faut exclure de cette compétence les actes étrangers au négoce ; cette restriction que l'article 638 alinéa 1 fait pressentir est imposée par l'examen des travaux préparatoires du Code, 36.

Comment M. Desjardins a conclu de là qu'il ne faut reconnaître comme actes de commerce que les actes de commerce par eux-mêmes et que l'article 631-1° fonde simplement la présomption de commercialité, 39.

Réfutation de cette opinion ; les actes non étrangers au négoce de leur auteur ne sont point seulement les actes de commerce par eux-mêmes, mais aussi d'autres moins bien définis qu'il faut tenir pour commerciaux en vertu de l'article 631 1°, 40.

SECTION III. — <i>Etendue du groupe d'actes de commerce que fondent les articles 633-1° et 632 § 6</i>	47
--	----

Ce groupe comprend non seulement des contrats, mais aussi des délits, des quasi-délits et des quasi-contrats, 47.

Généralité des termes de l'article 631-1° ; portée à ce point de vue de l'article 632 § 6, 48.

SECTION IV. — <i>La commercialité des actes que visent les articles 631-1° et 632 § 6 est non pas personnelle mais réelle.</i>	51
--	----

Les textes et les travaux préparatoires font d'abord penser à une commercialité personnelle, 51.

Au fond, selon le système qui résulte des textes, c'est la nature même des choses qui décide du caractère des actes ; la commercialité de ceux-ci est réelle, 52.

La qualité des personnes fonde simplement la présomption de commercialité, ce qui du reste ne ramène pas au système de M. Desjardins, 55.

Il ne faut d'ailleurs pas plus admettre une commercialité mixte qu'une commercialité personnelle, 57.

Inconvénients résultant de la croyance à une compétence personnelle : difficulté de ne point exiger la qualité du commerçant chez les deux parties, difficulté d'admettre la commercialité des actes qui se rapportent à un commerce futur, 60.

Résumé du chapitre, 62.

CHAPITRE III. — Formation historique de la théorie de l'accessoire.	64
--	----

Utilité de cette étude historique, 64.

SECTION I. — <i>Les premiers essais d'interprétation des textes et leur résultat.</i>	66
---	----

Premières difficultés : fallait-il exiger la qualité de commerçant chez les deux parties ? fallait-il appliquer sans réserve la disposition très générale de l'article 631-1° ? 66.

On admit de bonne heure que la qualité du demandeur était sans influence, 66.

On admit de bonne heure également que les actes étrangers au négoce de leur auteur ne revêtaient point le caractère commercial, 68.

Apparition d'un problème nouveau : comment distinguer les actes étrangers au négoce de ceux qui se rapportent au négoce ? Solutions d'espèces, 69.

Ces solutions impliquaient que l'article 631-1° visait les délits, quasi-délits et quasi-contrats aussi bien que les contrats, 70.

Sur le point particulier des quasi-délits, des jugements repoussaient absolument l'idée de quasi-délits commerciaux, tan-

dis que d'autres reconnaissaient le caractère commercial au quasi-délit occasionné par des rapports commerciaux préexistants entre les parties, 74.

SECTION II. — *Apparition de la théorie de l'accessoire*. 76

Formule donnée en 1838 par Bravard pour expliquer l'article 631-1^o, 76.

Attitude diverse des jurisconsultes en présence de cette formule, 79.

Succès de celle-ci dû à Massé et à la Cour de cassation (vers 1860), 79.

Perversion momentanée de la théorie de l'accessoire ; emploi qu'en fait M. Demangeat, 81.

Cette perversion de la théorie suscite à celle-ci un adversaire, M. Beslay ; examen et réfutation de l'opinion de celui-ci, 83.

SECTION III. — *Généralisation et perfectionnement de la théorie de l'accessoire*. 85

Application vers 1870 de la théorie à tous les actes et faits productifs d'obligations, 85.

Abandon de l'ancien critérium relatif aux quasi-délits, 87.

L'idée d'accessoire se précise, grâce à M. Labbé, en celle de destination, 87.

Phase nouvelle de la théorie, conception de la compétence réelle, 89.

Mouvement d'opinion en faveur de cette idée nouvelle, 92.

Résumé et conclusion du chapitre, 95.

CHAPITRE IV. — **Examen critique de la théorie de l'accessoire** 97

Objet de ce chapitre, 97.

SECTION I. — *L'adage « accessorium sequitur principale » n'est pas le fondement de la théorie de l'accessoire* 97

Exposé de la doctrine suivant laquelle la théorie de l'accessoire n'aurait d'autre base que la règle *accessorium sequitur principale*, 97.

Réfutation de cette doctrine ; différents sens de l'adage *accessorium sequitur principale* ; sa valeur varie suivant qu'il est

pris dans l'un ou dans l'autre de ces différents sens ; entendu au sens qu'impliquerait sa parenté avec la théorie de l'accessoire, il n'est pas un axiome de raison, 99.

SECTION II. — *Fondement véritable de la théorie de l'accessoire*. 104

La théorie de l'accessoire n'est qu'une traduction scientifique des textes, 104.

Raisonnement qui la prouve, 104.

Ce raisonnement peut être corroboré par l'expérience ; il suffit pour cela que l'on puisse constater que les actes désignés par la théorie comme commerciaux sont, comme le veut l'article 631-4°, des actes non étrangers au commerce de leur auteur. Utilité à ce point de vue de rechercher à quelles conditions les divers genres d'actes sont l'accessoire de l'exploitation commerciale de leur auteur, 105.

SECTION III. — *Règles d'application de la théorie de l'accessoire aux diverses catégories d'actes et de faits juridiques*. 106

§ 1. — *A quelle condition un contrat est l'accessoire d'une exploitation commerciale*. 106

Il n'est pas nécessaire que le contrat soit indispensable à l'exploitation, 106.

Il suffit qu'il soit conclu en vue de cette exploitation, 107.

§ 2. — *A quelle condition un délit est l'accessoire d'une exploitation commerciale*. 110

Il faut que le délit soit commis en vue de favoriser l'exploitation et cela suffit quoique l'obligation née du délit, étant contractée involontairement, soit sans but aux yeux du coupable. 110

§ 3. — *A quelle condition un quasi-délit est l'accessoire d'une exploitation commerciale*. 112

Le caractère involontaire du quasi-délit ne fait pas qu'il ne puisse jamais être l'accessoire d'une exploitation commerciale. 112

Un quasi-délit est l'accessoire d'un commerce quand il a été commis dans l'exercice de ce commerce, 113.

Il n'est point nécessaire que le quasi-délit ait été commis à l'occasion de rapports commerciaux préexistant entre les parties. 115

Il n'est point nécessaire non plus que la victime du quasi-délit soit un commerçant, 119.

§ 4. — <i>A quelle condition un quasi-contrat est l'accessoire d'une exploitation commerciale.</i>	121
--	-----

A condition qu'il résulte d'un fait accompli en vue de cette exploitation, 121.

Observations relatives à la réception de l'indû et à la gestion d'affaire, 121.

§ 5. — <i>Les obligations légales peuvent-elles être l'accessoire d'une exploitation commerciale.</i>	123
---	-----

Oui, si elles sont spéciales au commerce ou à une profession commerciale déterminée, 123.

SECTION IV. — <i>Quels rapports de fait les actes accessoires à une exploitation commerciale ont avec elle ; vérification de la théorie de l'accessoire.</i>	126
--	-----

Ces actes favorisent l'entreprise ou lui nuisent, 126.

En sens inverse ils lui empruntent l'esprit de lucre, 130.

Par conséquent ils ne lui sont pas étrangers et la théorie de l'accessoire donne entière satisfaction aux textes ; l'usage qu'on fait de cette théorie est donc légitime, 132.

SECTION V. — <i>La commercialité qui résulte de la théorie de l'accessoire est réelle, non personnelle. Commercialité des actes accessoires à un commerce futur</i>	133
---	-----

La théorie de l'accessoire ayant les textes pour base unique fonde comme eux une commercialité non point personnelle mais réelle, 133.

Cette conception est en harmonie avec les choses, 134.

Conséquences : commercialité des actes accessoires à un commerce futur ; cette commercialité ne peut être admise par ceux qui croient à une compétence personnelle, 134.

Commercialité des actes accessoires à un commerce passé, 140.

Commercialité des actes accessoires à un acte de commerce isolé, 141.

Conclusion du chapitre : formule de la théorie de l'accessoire, 143

CHAPITRE V. — <i>Restrictions générales que subit la théorie de l'accessoire</i>	144
--	-----

Nécessité de déterminer ces restrictions avant d'entreprendre l'application de la théorie de l'accessoire, 144.

SECTION I. — *Ce qu'il faut entendre par restrictions générales à la théorie de l'accessoire.* 145

Le fait qu'un acte accompli par un commerçant reste civil ne dénote point toujours une restriction à la théorie de l'accessoire, 145.

On est en présence d'une restriction seulement quand un acte qui est l'accessoire d'une exploitation commerciale reste cependant civil, 145.

Le contrat de mariage, le partage de succession, comme aussi tous les actes désintéressés sont toujours civils, mais cela en vertu même de la théorie de l'accessoire et non par dérogation à elle, 146.

Au contraire si les actes et faits illicites, — si les opérations immobilières, — si les actes administratifs sont toujours civils (ce qu'il y a lieu de vérifier) il faut considérer les règles qui le veulent ainsi comme des restrictions à la théorie de l'accessoire. 148

Ces restrictions sont d'ailleurs générales parce qu'elles ne se rattachent à aucun type particulier d'acte, 149.

SECTION II. — *Les actes et faits illicites résistent-ils à la théorie de l'accessoire* 150

En principe l'illicéité d'un contrat fait obstacle à sa commercialité, mais tant qu'elle n'a pas été reconnue, elle lui laisse provisoirement et sa validité et son caractère commercial, 150.

Pour les délits et quasi-délits l'illicéité ne fait pas obstacle même théoriquement à l'application du principe de l'accessoire. 154

SECTION III. — *Actes portant sur des immeubles.* 156

Les mutations de propriété foncière, en vertu d'un principe fondamental du Droit français, ne peuvent jamais revêtir le caractère commercial, 156.

La location d'immeubles, par le fait seul qu'elle n'emporte point mutation de la propriété, peut être commerciale, 160.

Il en est de même des marchés de travaux relatifs à des immeubles et de l'assurance des immeubles, 164.

SECTION IV. — *Actes administratifs.* 165

Le droit commercial n'étant qu'une branche du droit commun tous les actes qui sont soustraits à ce dernier pour être soumis au droit administratif échappent au droit commercial et par suite à la théorie de l'accessoire, 165.

Application de ce principe aux quasi-délits résultant des entreprises de travaux publics, 166.

Application aux dommages causés par les ouvrages publics exploités commercialement, 169.

Application à certains des actes qu'accomplit l'administration des chemins de fer de l'Etat, 171.

CHAPITRE VI. — Application de la théorie de l'accessoire. 176

Utilité de cette application, 176.

SECTION I. — Application de la théorie de l'accessoire aux contrats. 178

§ 1. — Application au contrat de vente. 180

L'achat est fréquemment commercial par relation, 180.

Difficulté concernant la convention par laquelle un patron commerçant stipule d'un aubergiste que celui-ci nourrira ses ouvriers et employés, 181.

La vente est parfois aussi commerciale par relation, 183.

Rappel de la restriction relative aux achats et ventes d'immeubles, 183.

L'achat ou la vente d'un brevet d'invention ou d'une marque de fabrique ne résistent pas, comme pourraient le faire croire les lois de 1844 et de 1857, à la théorie de l'accessoire, 184.

L'achat d'un fonds de commerce pour l'exploiter est commercial par relation, 188.

Analyse de la jurisprudence relative à cette question, variété des arguments invoqués pour justifier la commercialité de l'achat d'un fonds de commerce, 189.

La vente d'un fonds de commerce par celui qui l'a exploité est également commerciale par relation, 194.

Difficulté qui surgit au cas où la cession du fonds de commerce se complique d'une vente ou d'un bail d'immeuble, 198.

§ 2. — Application de la théorie de l'accessoire au louage de choses 199

Le contrat de louage de chose constitue souvent un acte de commerce par relation, 199.

Il en est ainsi parfois même au point de vue du bailleur, 200.

Le louage d'immeuble peut être commercial ; analyse de la jurisprudence relative à cette question, 200.

Location d'un fonds de commerce, 204.

§ 3. — *Application de la théorie de l'accessoire au louage de services.* 205

Difficulté qu'a soulevée autrefois l'article 634-1^o concernant la commercialité de la location d'ouvriers et d'employés par un commerçant, 205.

Il est aujourd'hui admis que le louage de services, sous toutes ses formes, se plie à la théorie de l'accessoire, 207.

Le louage des ouvriers d'industrie est-il commercial, 209 ?

Quid de la convention d'apprentissage, 214.

Les marchés de travaux relatifs à des immeubles se plient aussi à la théorie de l'accessoire, 215.

§ 4. — *Application de la théorie de l'accessoire au contrat de société.* 217

Le fait de s'engager dans une société en nom collectif constitue toujours un acte de commerce, 217.

De même le fait de s'engager dans une association en participation, 218.

Au contraire le fait de s'engager en commandite ou dans une société anonyme reste un acte civil ; la jurisprudence en général fait erreur sur ce point, 220.

§ 5. — *Application de la théorie de l'accessoire au contrat de prêt.* 225

Le prêt à usage se plie sans difficulté à la théorie de l'accessoire ; question soulevée par la gratuité à l'égard du prêteur, 225.

Le prêt de consommation obéit également à la théorie de l'accessoire, 226.

Commercialité du prêt d'argent, 226.

§ 6. — *Application de la théorie de l'accessoire au contrat de dépôt.* 230

Exemples de commercialité par relation à l'égard du déposant ; à l'égard du dépositaire, la gratuité ne fait pas obstacle à la commercialité, 230.

Dépôt d'hôtellerie, 232.

Dépôt nécessaire, 233.

§ 7. — *Application de la théorie de l'accessoire au contrat d'assurance.* 234

L'assurance contractée par un négociant en vue de sauvegarder les intérêts de son commerce constitue un acte de commerce, 234.

Question soulevée par l'assurance mutuelle, 237.

Il n'y a point lieu d'exiger pour la commercialité que le risque soit commercial, 238.

L'assurance des immeubles peut être commerciale comme toute autre assurance, 240.

Assurance contre les risques de perte d'argent, 241.

Assurance contre les risques de responsabilité, 241.

§ 8. — *Application de la théorie de l'accessoire au mandat.* 244

Exemples d'application de la théorie de l'accessoire au mandat, 244.

Ce n'est point la nature de l'acte ordonné au mandataire qui décide de la nature du mandat, 246.

Commercialité du mandat *ad litem* donné pour une affaire commerciale, 247.

Caractère des créances de frais et honoraires appartenant aux huissiers, aux experts, aux greffiers ayant fourni leurs offices dans des procès commerciaux, 250.

Commercialité du mandat à l'égard du mandataire : exemples, 252.

Mandats ayant trait à l'administration des sociétés commerciales, 253.

§ 9. — *Application de la théorie de l'accessoire au cautionnement* 255

Le caractère du cautionnement ne dérive point de celui de la dette garantie, 255.

D'autre part, il ne suffit point, pour que le cautionnement revête le caractère commercial, qu'il soit intéressé ; il faut que la caution se soit engagée dans l'intérêt du commerce qu'elle exerce, 258.

Règle spéciale concernant l'aval, 260.

Commercialité du cautionnement solidaire ; de l'obligation solidaire ; de l'obligation indivisible, 261.

§ 10. — *Application de la théorie de l'accessoire au contrat de gage* 262

Dérogação à la théorie de l'accessoire concernant le caractère de la constitution de gage à l'égard du constituant, 262.

Application de la théorie en ce qui concerne le caractère de la constitution de gage à l'égard du créancier gagiste, 264.

Observation concernant l'hypothèque et l'antichrèse, 266.

§ 11. — *Application de la théorie de l'accessoire à la transaction et au compromis.* 266

La transaction obéit à la théorie de l'accessoire, 266.

De même le compromis, 269.

Effets de la commercialité du compromis, 269.

§ 12. — *Application de la théorie de l'accessoire aux effets de commerce.* 270

Les effets de commerce autres que la lettre de change ne sont jamais commerciaux que sous les conditions qu'impose la théorie de l'accessoire, 270.

Il en est ainsi notamment du chèque, du billet à domicile, du billet à ordre et de la lettre de change imparfaite, 271.

Des écrits des commerçants autres que les effets de commerce, 273.

§ 13. — *Application de la théorie de l'accessoire au compte courant et à l'ouverture de crédit* 274

La nature du compte courant, conformément à la théorie de l'accessoire, dépend de sa destination, 274.

Comment le caractère commercial ou civil de la convention de compte courant peut influer sur le caractère des articles du compte, 276.

Commercialité de l'ouverture de crédit, 277.

§ 14. — *Application de la théorie de l'accessoire aux conventions innommées.* 277

Ces conventions subissent sans difficulté l'application de la théorie de l'accessoire, 277.

Exemples, 278.

SECTION II. — *Application de la théorie de l'accessoire aux délits.* 279

Synthèse des problèmes théoriques que soulève la question des délits commerciaux, 279.

Tout délit commis par un négociant en vue d'améliorer ses affaires est commercial, 280.

Conséquences de cette règle ; exemples de délits commerciaux et observations, 280.

Cas types de délits commerciaux, 282.

Usurpation d'enseigne, 282.

Usurpation de nom commercial ; difficulté soulevée par ce genre de délit, 282.

Concurrence déloyale ; variété des formes de ce délit, 284.

La contrefaçon de brevet ou de marque de fabrique n'est jamais commerciale, 285.

Le détournement d'apprenti échappe souvent à la juridiction consulaire, 289.

Commercialité de la contrefaçon de dessins ou modèles industriels, 290.

Les délits ne peuvent être commerciaux qu'en tant qu'ils engendrent une obligation de réparation ; d'où il résulte que les délits contre le fisc pour lesquels la répression et la réparation se confondent ne sont jamais commerciaux, 291.

SECTION III. — *Application de la théorie de l'accessoire aux quasi-délits.* 292

Synthèse des problèmes théoriques que soulève la question des quasi-délits commerciaux, 292.

Un quasi-délict est commercial quand celui qui en est responsable l'a commis dans l'exercice de son négoce, 294.

Il importe peu que le dommage causé soit pour la victime un dommage corporel, 294.

Il importe peu également que la responsabilité provienne du fait d'un préposé, 295.

Exemples de quasi-délits commerciaux, 297.

Quasi-délits résultant du travail industriel, 299.

Accidents dont les ouvriers sont victimes ; restriction à la théorie de l'accessoire résultant de la loi du 9 avril 1898, 299.

Poursuites judiciaires intentées par les commerçants et mal fondées ; saisies injustifiées, 301.

Erreurs commises par les agences de renseignements, 303.

Fraudes préjudiciables aux tiers commises par les employés des négociants, 304.

Variété infinie des quasi-délits commerciaux, 305.

Observation touchant les quasi-délits résultant non d'un acte mais d'un état de choses établi et durable, 306.

SECTION IV. — *Application de la théorie de l'accessoire aux quasi-contrats.* 307

Synthèse des problèmes théoriques que soulève la question des quasi-contrats commerciaux, 307.

Quelques cas où la réception de l'indû est commerciale par relation, 308.

Quand la gestion d'affaires est commerciale par relation, 309.

Les autres quasi-contrats peuvent-ils être commerciaux ? 310.

APPENDICE AU CHAPITRE VI. — Application de la théorie de l'accessoire au commerce de mer. 341

Les actes de ceux qui se livrent au commerce de mer se plient à la théorie de l'accessoire comme les actes de ceux qui se livrent au commerce terrestre, 341.

Exemples ; quasi-délits maritimes commerciaux, 341.

Plusieurs des dispositions de l'article 633 ne peuvent-elles pas être rattachées à la théorie de l'accessoire ; intérêt de cette question, 343.

Indication des actes qui, mentionnés par l'article 633, peuvent être considérés comme commerciaux par relation, 346.

CHAPITRE VII. — Des effets de la commercialité par relation et du mode de l'effet en justice. 321

Objet de ce chapitre et division, 321.

SECTION I. — Effets de la commercialité par relation, 322.

Pour se rendre compte de ces effets, la meilleure méthode est de les comparer à ceux de la commercialité absolue, 322.

§ 1. — Effets quant à la compétence, 323.

Compétence du tribunal de commerce, 323.

Cette compétence existe même à l'égard des actes mixtes, 323.

Restriction résultant du droit d'option accordé par les tribunaux au demandeur à l'égard duquel l'acte est civil, 326.

Conditions d'exercice de ce droit d'option, 327.

Autre particularité accompagnant la compétence consulaire : application de l'article 420 du Code de procédure civile aux actes de commerce par relation ; légitimité de cette application, 329.

Etendue de cette application ; l'article 420 s'applique aux contrats, mais non aux délits, quasi-délits et quasi-contrats, 332.

Détail de l'application de l'article 420 aux contrats, 332.

§ 2. — Effets de la commercialité par relation sur le mode de preuve des actes 338

Application aux actes de commerce par relation de l'article 109 du Code de commerce, 338.

Exceptions : mode de preuve de la transaction, du compromis et du louage d'immeuble quand ces contrats sont commerciaux. 339.

Mode de preuve du contrat de société commerciale, de l'engagement de matelots, du contrat d'assurance maritime, 342.

Preuve de la date des actes de commerce par relation, 343.

Preuve des actes de commerce par relation mixtes, 343.

§ 3. — *Effets de la commercialité par relation quant à la capacité de l'agent* 343

Le mineur et la femme mariée habilités à faire le commerce accomplissent valablement les actes de commerce par relation, 343.

Question concernant la capacité requise pour conclure le contrat de société commerciale, 345.

Sort des actes de commerce par relation accomplis par un mineur ou par une femme mariée non habilités, 346.

§ 4. — *Effet de la commercialité par relation quant à l'acquisition de la qualité de commerçant* 347

L'accomplissement d'actes de commerce par relation ne contribue point à l'acquisition de la qualité de commerçant, mais souvent il révèle l'existence de cette qualité, 247.

§ 5. — *Effets de la commercialité par relation quant au taux de l'intérêt* 348

Les dettes d'argent nées d'actes de commerce par relation doivent être traitées au point de vue du taux des intérêts qu'elles produisent comme le sont les dettes qui naissent d'actes de commerce par eux-mêmes, 348.

§ 6. — *Effets de la commercialité par relation quant à la répression du crime de faux* 350

Le faux commis en des écritures relatant un acte de commerce par relation est un faux en écritures de commerce, 350.

§ 7. — *Effets de la commercialité par relation quant au droit d'enregistrement* 351

En principe, la loi du 11 juin 1859 s'applique aux actes de commerce par relation ; mais, à raison de l'étroitesse de ses termes, elle ne peut être appliquée qu'à certains d'entre eux, 351.

§ 8. — *Effets de la commercialité par relation quant à la contrainte par corps* 354

Avant la loi de 1867 qui a aboli la contrainte par corps en matière commerciale, cette mesure d'exécution garantissait aussi

bien les dettes nées d'actes de commerce par relation que les autres, 354.

SECTION II. — *Comment on établit en justice la commercialité par relation. La présomption de commercialité* 355

Nécessité de prouver la commercialité pour celui qui prétend en invoquer les effets, 355.

Cette règle s'applique strictement lorsque le défendeur n'est pas commerçant, 355.

Facilité résultant de la présomption de commercialité lorsque le défendeur est commerçant, 356.

Par quel texte cette présomption est établie, 357.

La présomption de commercialité couvre à la fois les actes de commerce par eux-mêmes et les actes de commerce par relation, 360.

La présomption de commercialité est une présomption *juris tantum*, 360.

CONCLUSION. 363

S'il faut approuver l'institution des actes de commerce par relation, 363.

Quelles réformes sont à désirer ; révision des textes au point de vue de leur rédaction, 367.

Imp. J. THEVENOT, Saint-Dizier (Hte-Marne).
